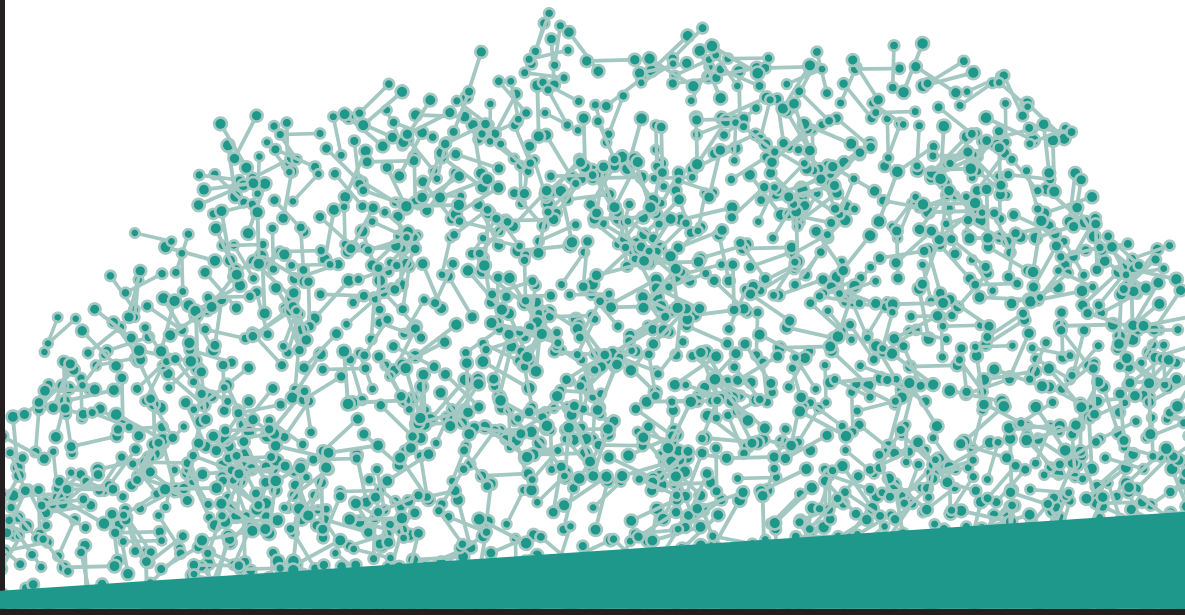
Santiago Corcuera Cabezut



los derechos humanos
aspectos jurídicos generales

OXFORD

los derechos humanos
aspectos jurídicos generales

OXFORD

Santiago Corcuera Cabezut

Maestro en Derecho por la Universidad de Cambridge, Inglaterra, y licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana, institución donde ha sido coordinador del Programa Interdisciplinario de Maestría en Derechos Humanos; titular de la materia Marco jurídico mexicano en materia de derechos humanos de la maestría citada; coordinador del Programa de Derechos Humanos; director interino del Departamento de Derecho; profesor de las materias Derechos humanos, Derechos humanos y garantías individuales, Introducción a los sistemas jurídicos contemporáneos y Derecho constitucional I. También ha sido investigador visitante en el Lauterpacht Research Centre for International Law de la Universidad de Cambridge; profesor en el Washington College of Law; profesor de Aspectos jurídicos y sociopolíticos de la desaparición forzada de personas en México, en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM; de Derecho Económico, módulos de Inversiones extranjeras y Transferencia de tecnología, en la Universidad Panamericana; y de Derecho mercantil I (Sociedades) en el ITAM.

Se ha desempeñado además como perito en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; abogado ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos; coordinador de la Comisión de Derechos Humanos de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados; presidente del Comité Coordinador de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos de la ONU; presidente del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de la ONU; comisionado en la Comisión Internacional de Juristas; vicepresidente del Comité de la ONU contra las Desapariciones Forzadas; consejero de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal; e integrante de la Asamblea Consultiva del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred).

Es autor de múltiples artículos especializados y libros relativos al derecho de los derechos humanos y temas afines, entre los que destacan: *Las leyes de amnistía en el derecho internacional de los derechos humanos*, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos* y *Justicia penal internacional*. Regularmente se le invita a participar en simposios nacionales e internacionales, conferencias, seminarios, programas de radio y televisión, y en conferencias de prensa; todo ello en torno a diversos temas relacionados con el derecho mexicano e internacional de los derechos humanos.

Es socio de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, S.C., donde da asesoría jurídica en materia corporativa, financiera, inversiones extranjeras, comercio exterior, fusiones y adquisiciones.

Santiago Corcuera Cabezut

los derechos humanos
aspectos jurídicos generales

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

Oxford University Press es un departamento de la Universidad de Oxford,
el cual promueve los objetivos de excelencia en la investigación, el aprendizaje
y la educación, mediante publicaciones en todo el mundo.
Oxford es una marca registrada de Oxford University Press en el Reino Unido,
México y otros países.
D.R. © Oxford University Press México, S.A. de C.V., 2015
Av. Insurgentes Sur 1602, int. 11-1101 Col. Crédito Constructor, Benito Juárez
Ciudad de México, C.P. 03940
www.oup.com.mx

LOS DERECHOS HUMANOS. ASPECTOS JURÍDICOS GENERALES
Textos Jurídicos Universitarios
Primera edición: junio de 2016
ISBN 978-607-426-550-7

Autor: Santiago Corcuera Cabezut
Gerente de derecho y ciencias sociales: Karina Salgado Peña
Gerente de operaciones: Miguel Castro N.
Coordinadora editorial: Lilia Guadalupe Aguilar Iriarte
Edición: Rutilo Olvera Argüello
Portada: César Caballero Arango
Diseño y formación: Estudio César Caballero

Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida en ningún
sistema electrónico o por cualquier medio, sin la autorización previa
por escrito de Oxford University Press México, S.A. de C.V. El editor no se
responsabiliza de los contenidos de las páginas web enlazadas
o referenciadas en esta publicación.

Se terminó de imprimir en los talleres de
Editorial Progreso S.A. de C.V.
Naranjo Núm. 248 Colonia Santa María la Ribera
Cuauhtémoc, C.P. 06400. Ciudad de México.
En su composición se emplearon las familias tipográficas
CoconOT (9 y 11 pts.), Cronos Pro (9 y 11 pts.), Miso (9 y 11 pts.), Myriad Pro (9 y 11 pts.),
sobre papel Bond Kromos blanco Alta Opacidad de 75 g.
Impreso en México

A Anna Paola, Paloma, Santiago y Juan Ignacio.

Índice de contenido

Prefacio xi
Prólogo xiii
Presentación xxi
Introducción xxix

Capítulo 1. El derecho constitucional de los derechos humanos 1
El derecho como sistema de normas 2
Derecho constitucional 6
Antecedentes de la formación del Estado 7
La soberanía popular 8
El mandato popular 9
Las "cláusulas naturales" del mandato popular 10
Poder especial 10
El reconocimiento de la personalidad de los mandantes y de sus derechos fundamentales 11
Las "instrucciones" de los mandantes 13
La "tiranía de las mayorías" contra el "interés de la humanidad" 16
La Constitución es "ley" 23
Las "partes" de la Constitución 23
El derecho constitucional de los derechos humanos como rama del derecho público 24
¿Garantías o derechos constitucionales? 27
La garantía 28
La garantía en el derecho privado 28
La garantía en el derecho público 30
Principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad y la teoría de las generaciones 38
La clasificación de los derechos en generaciones 38
Las falsedades de la división de las generaciones 39

Algunos avances hacia la exigibilidad de los derechos sociales 50

Individuo o persona 65

El principio *pro persona* 72

Capítulo 2. El derecho internacional de los derechos humanos 91

El derecho internacional como sistema de normas 91

La soberanía y los intereses de la humanidad 96

Los derechos humanos en el derecho internacional 98

- Antecedentes 98
- *Declaración Universal de Derechos Humanos* 100

Conformación del derecho internacional de los derechos humanos 101

Normas vinculantes 103

- Tratados 104
- Costumbre 104
- Principios generales de derecho 107
- Jurisprudencia 108

Instrumentos no vinculantes *stricto sensu* 110

- Declaraciones 110
- Mecanismos extraconvencionales 112
- Mecanismos convencionales 113

Capítulo 3. Naturaleza jurídica de los tratados internacionales sobre derechos humanos 118

Consentimiento 119

Reservas 120

El objeto y el fin de los tratados sobre derechos humanos 120

Responsabilidad estatal por incumplimiento de tratados sobre derechos humanos 125

Licitud en el objeto y en el fin (el *jus cogens* internacional) 133

- Alcance del concepto *jus cogens* 135
- *Jus cogens* y los derechos humanos en la Carta de San Francisco 136
- ¿Todos los derechos humanos tienen el carácter de *jus cogens*? 138
- *Jus cogens* contra reservas 142

El problema de las reservas a tratados sobre derechos humanos ante las instancias internacionales 151

Por una interpretación integral de la Convención de Viena en materia de reservas y *jus cogens* 164

Reservas a cláusulas optativas 170

Denuncia de tratados sobre derechos humanos 173

Capítulo 4. El marco jurídico mexicano de los derechos humanos 186
Los derechos humanos en la Constitución 188
Los derechos humanos en las leyes del Congreso de la Unión 193
Derechos humanos en tratados internacionales de los que México es parte 196
Clasificación de los tratados sobre derechos humanos 197
Tratados universales contra regionales 197
Tratados generales contra especiales 197
Tratados a la vez universales y generales 198
Tratados a la vez regionales y generales 198
Tratados a la vez universales y especiales 198
Tratados a la vez regionales y especiales 200
Los derechos humanos en las leyes expedidas por las legislaturas locales 201
Capítulo 5. Jerarquía de las normas sobre derechos humanos. Aspectos generales 204
Aspectos comparativos en América 207
Tratados de derechos humanos en el nivel supraconstitucional 207
Tratados de derechos humanos en el nivel constitucional 209
Tratados de derechos humanos en el nivel intermedio entre la Constitución y las leyes ordinarias 211
Tratados de derechos humanos en el nivel de las leyes ordinarias 214
Sistemas dualistas 215
El sistema mexicano 216
Tratados internacionales integrantes del sistema jurídico mexicano 217
Constitución: ley suprema hasta antes de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 221
Corrientes doctrinales sobre el nivel jerárquico de los tratados internacionales frente a las demás leyes 221
Leyes federales y tratados con igual jerarquía 221
Leyes reglamentarias de la Constitución: jerárquicamente superiores a los tratados 223
Tratados con mayor jerarquía que las leyes federales 224
Triplicidad de estratos de aplicación de las leyes: nacional, federal y local 225
Corrientes doctrinales sobre las facultades del presidente para celebrar tratados, de acuerdo con la materia 229
Los tratados pueden versar sobre cualquier materia 229
Los tratados no pueden versar sobre materias de la competencia de los congresos federal o estatales 230
La posición del derecho internacional 230
La cuestión jerárquica de las normas en el orden jurídico mexicano después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 231
Bibliografía 245
Índice analítico 253

Prefacio

La presente obra se basa en otra publicada por esta misma editorial en el año 2002, titulada *Derecho constitucional y Derecho internacional de los derechos humanos*.

Sin embargo, los cambios de tanta profundidad que se han presentado desde aquella fecha en el marco jurídico mexicano e internacional de los derechos humanos hace que este libro, más que una segunda edición, se presente al lector como un material prácticamente original, aunque sin perder sus orígenes. En esa medida, hemos decidido volver a publicar la introducción de aquella obra y, sobre todo, la presentación de Jaime Ruiz de Santiago, que en sí misma tiene gran valía académica. Además, se incluye un nuevo prólogo, ahora del doctor José Antonio Guevara Bermúdez.

La identidad de ambos prologuistas resulta para mí sumamente simbólica. Jaime Ruiz de Santiago fue mi profesor. Tal vez el mejor profesor que he tenido en mi vida, y cuyas enseñanzas significaron un cambio radical en mi forma de pensar, construyendo convicciones que hasta la fecha siguen evolucionando y constituyen los objetivos de mi actividad académica y profesional en derechos humanos. Por su parte, José Antonio Guevara, aunque no fue mi alumno en ninguna de las asignaturas, sí lo fue en la medida en que fui su supervisor de tesis de la licenciatura en Derecho. Pero sobre todo, José Antonio y yo trabajamos juntos durante ocho años en el programa de derechos humanos de la Universidad Iberoamericana, cinco de los cuales yo actué como coordinador y José como subcoordinador, y los tres restantes en los que José era el coordinador y yo su colaborador. Posteriormente, hemos mantenido una estrecha colaboración profesional en diversos temas relativos a la promoción y defensa de los derechos humanos en México. Además, hemos construido una entrañable y fraternal amistad. La influencia que José ha tenido en mis convicciones y en mi trabajo es innegable y muy profunda. Fue por ello que le pedí que escribiera

el prólogo de esta obra. Agradezco profundamente que haya accedido a hacerlo, y es un orgullo para mí que su texto se publique como preámbulo a este libro de texto.

Una de las diferencias básicas entre este libro y aquel publicado en el 2002 es, por un lado, que se ha eliminado el capítulo 6, relativo a la aplicación del marco teórico a los casos concretos de pena de muerte y expulsión de extranjeros, en virtud de las reformas constitucionales en dichas materias que se dieron respectivamente en los años 2005 y 2011.

Además, las reformas constitucionales del 2011 en materia de derechos humanos y amparo, en combinación con los efectos de la sentencia del caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. México* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2009, exigieron la actualización y adición de porciones sustanciales, que ahora se presentan a la consideración del lector.

Como aquel libro del 2002, este nuevo texto se deriva principalmente de las reflexiones que comparto con mis estudiantes en las clases de la asignatura de Derechos humanos en la Universidad Iberoamericana. Es por ellos, y para ellos, que he escrito este libro.

Ciudad de México, marzo de 2016

Prólogo

Los derechos humanos. Aspectos jurídicos generales es una importante contribución de Santiago Corcuera a la literatura jurídica mexicana. Se trata de una obra producto de años de reflexión y trabajo sostenido, basado en su trayectoria como profesor de la licenciatura en Derecho de la Universidad Iberoamericana, así como de su firme compromiso en la formación de estudiantes universitarios, a quienes busca despertarles un genuino interés por los derechos humanos. Además, es resultado de su incansable búsqueda por transformar la manera de entender las normas constitucionales que potencialmente pueden mejorar las condiciones de quienes viven o transitan por México. Se trata de un estudio extenso, que si bien parece estar dirigido a jóvenes estudiantes de derecho, lo cierto es que también es una referencia para especialistas, incluso una herramienta para cualquier jurista interesado en los debates más actuales sobre derechos humanos, tanto a nivel internacional como nacional. No tengo duda de que la obra ofrece muchas y muy relevantes discusiones legales sobre el alcance y las limitaciones del derecho de los derechos humanos, y aprovecho este espacio para destacar algunos que considero de importancia para la discusión jurídica actual.

El maestro Corcuera convida una espléndida explicación de la naturaleza de los derechos humanos. Asume una posición filosófica sobre el fundamento de los derechos humanos desde el iusnaturalismo. Para algunos podría parecer que se trata de un enfoque que responde a una formación ideológica determinada, que pudiera restarle peso a quien la asume; sin embargo, es justamente la perspectiva del sistema normativo vigente, tanto nacional como internacional, es decir, el derecho positivo. En efecto, el orden jurídico reconoce que las personas, los seres humanos, tienen derechos aun antes de la existencia o nacimiento de la organización política denominada Estado y que, por consiguiente, las instituciones que crean

el cuerpo normativo reconocen esos derechos y no los otorgan, como equivocadamente se ha pensado. Esa visión iusnaturalista de los derechos humanos es asumida incluso por el instrumento internacional más importante del siglo XX, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (DUDH), que desde su artículo 1 reconoce que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La obra fomenta una importante reflexión sobre la noción de derecho como norma jurídica, que se distingue de otros conjuntos de normas éticas o sociales. Para adentrar al lector en la discusión sobre los derechos humanos desde una perspectiva jurídica, con un tono optimista, explica que el derecho es un sistema de normas ordenado y creado por la razón, pero sobre todo por la autoridad, la cual establece obligaciones para diferentes entidades legales que además, en principio y por lo general, pueden ser exigibles. Establece con nitidez que los derechos humanos dotan de significado a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y que también son una parte esencial de la misma. Los derechos humanos son un conjunto de normas que representan la esencia y fin último de la organización estatal y de sus instituciones. Dichos derechos tienen por objeto proteger la dignidad humana; así, se constituyen como límites al poder del Estado, fundamento de la actuación de los gobiernos, y como resultado de la realización de dichos derechos debe existir una división de poderes.

La obra convence al lector sobre la prevalencia de uno de los límites de la Constitución como norma suprema: el derecho internacional de los derechos humanos; muestra la soberanía como creadora de Estados y de constituciones, y al Estado como una entidad con un margen de actuación limitado no sólo por la dignidad humana, sino por las normas internacionales obligatorias para la comunidad global en su conjunto.

El maestro Corcuera analiza el concepto de las garantías individuales tal como estaba previsto en la Constitución previa a la reforma de junio de 2011. La conocida reforma constitucional de derechos humanos es la más importante que se haya adoptado en la materia desde el nacimiento de la Constitución vigente, al concluir la Revolución Mexicana. En aquel entonces, los constituyentes consideraron que el hecho de que el máximo ordenamiento previera un catálogo de derechos humanos, que fueran obligatorios para las autoridades del país, se transformaba en una mágica garantía de la buena conducta de las instituciones y, por consiguiente, para los individuos. Con esa reforma en materia de derechos humanos, México se aleja de la demagogia constitucional que imperaba desde 1917,

al reconocer que todas las personas gozan de los derechos humanos que reconocen tanto el máximo ordenamiento como los instrumentos.

También, en la obra se hace una crítica muy acertada a la categorización de los derechos humanos en generaciones, construida sobre la base de una aproximación histórica o a la naturaleza de dichos derechos en razón del tipo de obligaciones que generan para los diferentes poderes del Estado. Según esta línea de pensamiento, los derechos humanos como constructo histórico se van descubriendo por las sociedades, y al mismo tiempo se adicionan a los diferentes órdenes jurídicos. De la misma forma, esa doctrina considera que los derechos que primero se descubrieron fueron los civiles y políticos, que acarreaban obligaciones principalmente de no hacer, mientras que con posterioridad se descubrieron los económicos, sociales y culturales, que implican la satisfacción de obligaciones prestacionales a cargo del Estado en forma de políticas públicas. Con satisfacción encuentro que con lujo de detalle Santiago Corcuera explica cómo todos los derechos humanos, los ambientales, civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, implican que los Estados deban cumplir una gran gama de obligaciones de dar, hacer, no hacer y tolerar. Es decir, todas las autoridades, como señala el mismo artículo 1º constitucional, en el ámbito de sus competencias, deberán promover, proteger, respetar y garantizar todos los derechos humanos. En ese sentido se plantean los derechos humanos como exigibles por diferentes vías, incluida por supuesto la judicial. La obra concluye que son inapropiadas las distinciones entre los diferentes derechos, por la naturaleza de sus obligaciones o el supuesto reconocimiento en diferentes etapas de la historia de la humanidad o generaciones.

Además, el texto de Santiago Corcuera aborda el principio pro persona que se encuentra en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. Se trata de una regla de interpretación de las normas jurídicas que consiste en que en aquellos casos en los que dos o más normas sean aplicables, el operador jurídico, en el ámbito de sus competencias, deberá preferir la aplicación de aquella que le ofrezca un mayor nivel de protección a las personas, a los seres humanos. La obra ejemplifica cómo, con el expediente varios 912/2010 del caso Radilla Pacheco, la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirmó el principio pro persona; sin embargo, al poco tiempo, ese tribunal limitó el efecto útil del principio mediante la contradicción de tesis 293/2011 que desconoce lo establecido por el párrafo segundo del artículo 1º constitucional, al igual que lo estipulado por los principales tratados en materia de derechos humanos. En

dicha contradicción de tesis, la Corte afirmó que "cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional".

Resulta también relevante para quien se interesa por el estudio de los derechos humanos la reforma en materia de amparo de 2011. Gracias a esa reforma se consolidó el amparo como el recurso judicial por excelencia para garantizar que los derechos humanos se respeten. No sólo porque el juicio tiene la potencialidad de proteger todos los derechos humanos, sino porque además las personas legitimadas para acceder a dicho recurso se han ampliado a quienes tengan un interés legítimo, incluidas las organizaciones de la sociedad civil.

Para poder hacer un uso adecuado de los recursos existentes, se necesita un buen entendimiento de las obligaciones que tiene el Estado en materia de derechos humanos, por lo cual es muy importante conocer el sistema de fuentes del derecho internacional y así entender que, en el ámbito jurídico, las obligaciones internacionales se generan a los Estados por los tratados o convenciones, la costumbre y los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. La jurisprudencia internacional y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de los diferentes países son consideradas por el derecho internacional como fuentes que auxilian en la explicación o determinación de las obligaciones. Por consiguiente, las normas jurídicas, siguiendo la propia definición que el maestro Corcuera ofrece al inicio de su obra, se distinguen de las morales y de las sociales; en consecuencia, no pueden ser otra cosa sino vinculantes. Las normas del derecho internacional se consideran jurídicas en tanto son dictadas por autoridades con facultades otorgadas por los tratados para emitirlas, o bien por entidades que en el desarrollo de sus mandatos, implícita y reiteradamente han expedido algunas que son consideradas como jurídicamente obligatorias por los Estados. Así, no tendría sentido hablar de normas del derecho internacional si las mismas no fuesen vinculantes u obligatorias para sus destinatarios. Serían en todo caso normas de la moral internacional o de la ética internacional, pero no del derecho.

Existe, sin embargo, una categoría de normas internacionales que tienen una jerarquía mayor que el resto y que por ello son también consideradas como normas imperativas para los Estados, las cuales no aceptan pacto o práctica en contrario. Se trata de las normas consuetudinarias del *ius cogens*, que constituyen un límite a la soberanía de los Estados. La obra nos permite entender cómo derechos reconocidos en la *Declaración Universal*

de los Derechos Humanos se han transformado en normas de *ius cogens* y, por consiguiente, todos los países que integran la comunidad internacional están obligados a respetarlos y protegerlos.

Para Santiago Corcuera, el respeto de los derechos humanos es de suma importancia, de forma que incluso cita a Roberto Núñez Escalante, quien señala que los Estados que no celebren y respeten los tratados de derechos humanos deberán ser excluidos de la comunidad internacional. Pero no sólo se deben honrar los derechos reconocidos en tratados, sino todos aquellos que el orden jurídico internacional reconoce.

Resulta también relevante que los tratados de derechos humanos tienen un alcance distinto conforme al derecho internacional, ya que no buscan intercambiar entre dos Estados obligaciones recíprocas, cuyos beneficiarios sean los mismos gobiernos o sus ciudadanos. Por el contrario, los tratados de derechos humanos tienen por objeto generar obligaciones para los Estados signatarios en donde los beneficiarios de las mismas son todas las personas, no exclusivamente los nacionales de esos países. La misma Corte Internacional de Justicia ha referido que los tratados de derechos humanos buscan el interés común y no el interés propio de los gobiernos. Además, obligan a los Estados a adoptar medidas y lograr un orden jurídico nacional que proteja a todos los seres humanos sin discriminación. Generan obligaciones de dar, hacer y no hacer para la realización de los derechos humanos, con lo cual, además, se rompe con la equivocada noción que pretende diferenciar los derechos económicos, sociales y culturales de los civiles y políticos, como en otros apartados de la obra se hace mención.

De la misma forma, Santiago Corcuera invita a una reflexión sobre las resoluciones de los órganos creados por tratados internacionales de derechos humanos a los que México reconoce competencia para tramitar casos de personas que consideran que sus derechos han sido violados. Se trata de una incipiente pero muy relevante discusión jurídica, ya que algunos estudiosos del derecho internacional señalan que las resoluciones, por ejemplo del Comité contra la Tortura o el Comité de Derechos Humanos, no son vinculantes. No obstante, esos señalamientos omiten el análisis de los instrumentos jurídicos mediante los cuales los países declaran que reconocen la competencia de dichos órganos internacionales, que en el caso mexicano fueron adoptados, conforme a la Ley de Tratados, por el Ejecutivo y el Senado. En los pronunciamientos jurídicos, México ha señalado que reconoce "de pleno derecho" la competencia de esos comités y, además, hace la declaración para que los mismos puedan tramitar

quejas individuales presentadas por particulares. Ese reconocimiento de pleno derecho de la competencia de los órganos de tratados no puede ser interpretado de manera distinta al reconocimiento de la obligatoriedad de sus resoluciones.

Es decir, se trata de resoluciones que tienen un carácter vinculante, desde la perspectiva jurídica. Algunos instrumentos internacionales crean órganos a los que otorgan competencia para tramitar asuntos, mediante un procedimiento previamente establecido y en el que las instituciones de gobierno con poderes para representarlo jurídica e internacionalmente tienen el derecho de participar y la oportunidad de defenderse. Si un Estado se somete a un procedimiento que le ofrece una garantía internacional subsidiaria de los recursos internos a las personas, a los seres humanos, y una vez que se pronuncian dichos mecanismos, se priva a sus resoluciones de obligatoriedad jurídica, pareciera que un Estado soberano se sometió a un proceso no jurídico cuyo órgano emite resoluciones con efectos de tipo moral. De seguirse esa interpretación, esos mecanismos debieran excluirse del objeto de estudio de las materias de derecho o del derecho de los derechos humanos.

También en la obra se aborda la temática de la jerarquía de normas en el sistema jurídico mexicano, lo que implican los ámbitos de aplicación nacional, federal o local, conforme a lo dispuesto por los artículos 1º y 133 constitucionales. El autor nos describe la existencia de diversos tipos de corrientes de pensamiento y experiencias comparadas que colocan a los tratados de derechos humanos en el derecho internacional, desde los monistas nacionalistas que ubican a los tratados bajo la Constitución local hasta aquellos que le dan prevalencia al derecho internacional respecto de la Constitución.

Hace un análisis comparado de América Latina; en él se constata que tres países (Colombia, Perú, Ecuador) optaron por un monismo internacionalista, más interpretación conforme, en su diseño constitucional. Presenta además las diferentes modalidades relativas al bloque de constitucionalidad que incorpora: la Constitución, los tratados, la costumbre internacional y el principio pro persona. Propone como ejemplos a Estados que han elevado a rango constitucional algunos tratados, como Argentina, que mantiene un listado de tratados, incluida la DUDH, o Estados que incorporan un procedimiento calificado para agregar nuevos tratados con jerarquía constitucional, como Honduras y Chile. Los Estados que reconocen los tratados a la par que la Constitución y las leyes ordinarias, como

Guatemala o Venezuela; y los que reconocen que previenen restricciones constitucionales, como El Salvador, Honduras y Paraguay. O bien Estados que consideran los tratados al nivel de leyes ordinarias, como Estados Unidos, San Vicente y las Granadinas y Jamaica.

Finalmente, en México los tratados internacionales firmados por el Ejecutivo y ratificados por el Senado, nos recuerda la obra de Santiago Corcuera, serán ley suprema de toda la Unión y tienen rango constitucional. Así, nos explica que para la construcción de los derechos y sus límites, las autoridades deberán aplicar la Constitución y los tratados en primer lugar; en segundo, las leyes federales, y en tercero, las constituciones y leyes locales. Nos recuerda que en la práctica constitucional, los jueces federales aplican indistintamente control de convencionalidad o de constitucionalidad.

México tiene frente a sí el enorme desafío de que se instrumente adecuadamente la reforma constitucional de 2011; sin embargo, las mayorías actuales de la Suprema Corte de Justicia nos llevan a pensar que no es el momento de que eso suceda, y que México, a pesar de no contar con más tiempo, tendrá que esperar. Ojalá que con obras como la de Santiago Corcuera se formen nuevas y más decentes generaciones de abogados que contribuyan a acelerar los ritmos de los tomadores de decisión, para que México sea un país que respete los derechos humanos, y no donde se violen, como en la actualidad, de manera sistemática o generalizada en muchas partes del país.

Antes de concluir, quiero confiarles que para mí ha sido un verdadero honor el que Santiago Corcuera me haya invitado a escribir algunas palabras a manera de prólogo de su obra *Los derechos humanos. Aspectos jurídicos generales*. A Santiago y a mí nos une una larga relación de amistad de más de 20 años. Lo conocí siendo estudiante de la carrera de Derecho, en el año 1991, al llegar a mi primer trabajo de pasante en el despacho de abogados corporativo Kuri Breña, Sánchez Ugarte, Corcuera y Aznar. Desde entonces iniciamos una conversación que se transformó en los cimientos de una estrecha relación.

Santiago, con intención o sin ella, logró despertar en mí un profundo interés por el estudio y la profesionalización en el derecho de los derechos humanos. No sólo fue mi director de tesis de licenciatura desde que concluí la carrera en 1994, hasta junio de 1996 que logré defenderla, sino que además me apoyó de múltiples maneras para que pudiera iniciar y posteriormente concluir de manera satisfactoria mis estudios de doctorado y, más tarde, gozar del tiempo, espacio y recursos suficientes para obtener

en 2003 el grado de doctor en derechos fundamentales en la Universidad Carlos III de Madrid. Sin su incondicional ayuda, nada de ello hubiera sido posible.

Tuve una segunda oportunidad de trabajar con Santiago al concluir mis estudios de doctorado a finales de 1998. Al regresar a México en dicho año me invitó a formar parte de su equipo en el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana, donde él fungía como coordinador. Desde ahí pudimos contribuir a la formación de estudiantes de licenciatura, maestría y defensores de derechos humanos, en el derecho internacional de los derechos humanos. De la misma forma pudimos incidir en el fortalecimiento del Estado de Derecho en México, por medio de propuestas encaminadas a la modificación de políticas y leyes para el reconocimiento de los derechos humanos en el país, incluyendo la ratificación de tratados, el reconocimiento de la competencia de órganos internacionales, para tramitar casos individuales, e incluso reformas constitucionales en materia de derechos humanos.

Si bien creo que no tengo la estatura para escribir el prólogo de un libro del maestro Corcuera, esos lazos no me permitieron negarme. Amenacé, sin embargo, y ahora lo cumplo, que en este prólogo incluiría palabras inapropiadas de amistad y cariño, lo cual hago deliberadamente porque creo que es la mejor manera de dejar patente mi agradecimiento a Santiago Corcuera por todos estos años de caminar juntos, por sus enseñanzas, por compartir esfuerzos e ideales, por transformar nuestro entorno en un mejor lugar, pero sobre todo, para que se respete a todas las personas su dignidad y sus derechos humanos sin discriminación.

José Antonio Guevara Bermúdez

Ciudad de México, 29 de febrero de 2016

Presentación

Es motivo de profunda satisfacción presentar esta obra de Santiago Corcuera dedicada al Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos. Como él mismo señala en la introducción, tuve la oportunidad de recorrer, en diferentes materias impartidas en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, hace ya muchos años, el importante tema de los derechos humanos. Fue ocasión propicia para destacar el puesto central y decisivo que ocupa la persona humana en la tarea jurídica y para observar los enormes progresos que la protección jurídica de la persona humana ha alcanzado en el derecho internacional.

De aquella época, ya lejana, data la curiosidad que nació en Santiago Corcuera respecto de esta materia y que lo ha llevado a empeñar en ella valiosos esfuerzos intelectuales y cuyo fruto ahora ve la luz. Es consecuencia de muchos años de reflexión y que posee enorme valía en el ambiente jurídico mexicano. Permite comprender capítulos relativos a los derechos humanos de gran trascendencia a la vez que apunta soluciones a desafíos que aparecen en el sistema jurídico mexicano a principios del siglo XXI. No sólo son temas que preocupan al estudioso mexicano, sino que deben suscitar el interés de cualquier persona, pues hacen referencia a cuestiones centrales de índole universal y por ello han sido objeto de tratamiento por parte del derecho mexicano, al igual que del sistema regional americano y del derecho internacional más general.

El objeto de investigación es por demás interesante: la protección que los derechos humanos reciben por parte de la normativa jurídica constitucional mexicana, por parte del sistema regional americano y, finalmente, por parte del sistema jurídico universal.

Ello obliga a reflexionar en el hecho de que, si el siglo XX se caracteriza por el horror de dos conflagraciones mundiales en las que la dignidad de la

persona humana fue objeto de toda especie de violaciones, de toda clase de ataques, ese periodo se presenta también como aquel en el cual surgió una viva conciencia de la necesidad de crear mecanismos jurídicos eficaces que consagraran sus derechos fundamentales y garantizaran su ejercicio y desarrollo. Y probablemente tal conciencia fue uno de los resultados, imprevisibles, del desprecio con el cual se trató, con gran frecuencia, al ser humano.

Para el observador atento de la historia existe un dinamismo que, con importantes anuncios en épocas anteriores, lleva a afirmar la relevancia de los derechos inherentes a la persona humana en documentos jurídicos nacionales que marcan el inicio de la edad moderna: la *Declaración de la Independencia Norteamericana* (4 de julio de 1776) y la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de Francia (26 de agosto de 1789).

Vino posteriormente la consagración de esos derechos humanos fundamentales en los documentos constitucionales de diversos países. La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* de 1917 se presenta como precursora al establecer, al lado de derechos "individuales", derechos de naturaleza social.

Poco después, en Europa, la persona humana fue objeto de toda dase de atropellos en los dos conflictos mundiales a los cuales ya hemos hecho mención. Un hecho importante, que destaca Santiago Corcuera en su investigación, es la protección internacional que se estructura antes de tales conflictos y que marca la aparición del llamado Derecho Internacional Humanitario (Convenciones de Ginebra de 1864, Convenciones de La Haya de 1907), que luego fue perfeccionado por las Convenciones de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977, cuya vigilancia se encuentra a cargo del Comité Internacional de la Cruz Roja, de existencia muy anterior al sistema de las Naciones Unidas (que se creó al término de la Segunda Guerra Mundial). Ese sistema jurídico procura la protección de la persona humana en el caso extremo de los conflictos armados: internacionales primero y después con la incorporación de los conflictos internos.

Este impulso, tendiente a brindar protección a la persona humana, se daba en un mundo en el cual la reflexión de los Estados, fenómeno típico del mundo moderno, les llevaba a consagrar y a extremar la consideración relativa a "supremacía" en el ámbito interno y a su "igualdad" en el trato con otros Estados: es toda la reflexión relativa a la "soberanía", que puede ser interpretada a la luz de diversas doctrinas que la rodearon desde sus

inicios, como la afirmación de que, gracias a ella, se afirma que "no existe nada ni nadie" superior al Estado.

Tales pretensiones encontraron cobijo en el derecho internacional tradicional, vigente a principios del siglo XX, caracterizado por un voluntarismo estatal ilimitado, que se reflejaba en la permisividad del recurso a la guerra (el derecho a la guerra constituía, junto al derecho a la paz y el derecho a la neutralidad, las tres grandes partes que formaban los manuales de derecho internacional de la época), la celebración de tratados desiguales, la frecuencia de la diplomacia secreta, el mantenimiento de las colonias y los protectorados, al igual que el establecimiento de zonas de influencia.

En ese ambiente se decide en 1945 la creación de la Organización de las Naciones Unidas, que recoge el deseo y la necesidad de construir un nuevo derecho internacional, expresado ya en diversas disposiciones de la Carta fundacional. En ella se rompen los estrechos límites de una concepción positivista del derecho al apelar a la justicia para conseguir la solución o el arreglo de controversias internacionales que puedan conducir al quebrantamiento de la paz (artículo 1.1), al 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 (1.2), al realizar la cooperación internacional y el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos (1.3), y al condenar el uso de la amenaza y de la fuerza en las relaciones internacionales (2.4), etcétera.

A pesar del creciente ambiente de guerra fría que progresivamente se hacía presente en el mundo, el 10 de diciembre de 1948 se logró la adopción de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Esta resolución de la Asamblea General no refleja ninguna doctrina filosófica, ninguna ideología ni corriente de pensamiento y vale para un mundo multicultural, profundamente heterogéneo y dividido.

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* representa, sin lugar a dudas, un poderoso factor de unificación de la humanidad y que, a pesar de escépticas posturas incluso de grandes internacionalistas (es el caso de H. Lauterpacht), ha producido efectos prácticos de enorme importancia. Es punto de referencia y meta para Estados profundamente diferentes; representa, como ha observado Antonio Cassese, un parámetro fundamental con base en el cual la comunidad internacional puede "deslegitimar" al Estado que no la observa; permite, aunque todavía de manera débil y vacilante, que el individuo pueda estar presente en un espacio que hasta ese momento se había reservado exclusivamente a los Estados soberanos.

En una palabra: la *Declaración Universal de Derechos Humanos* puso en movimiento un proceso irreversible que ha producido, a lo largo de cinco décadas, más de 70 tratados que se encuentran vigentes en los ámbitos global y regional.

El derecho internacional pudo experimentar, durante la segunda mitad del siglo XX, una expansión extraordinaria, fomentada en gran parte por la actuación de las Naciones Unidas y por sus agendas especializadas, además de las organizaciones regionales, y que se ha extendido al dominio económico y social, al igual que al comercio internacional.

El trabajo de Santiago Corcuera tiene el mérito de destacar los esfuerzos hechos por los Estados a fin de incorporar la aceptada normativa universal y regional en materia de derechos humanos. Examina así, por ejemplo, la posición de Estados que, coherentes con la afirmación de la centralidad de la persona humana en el derecho y en la vida internacional, afirman la superioridad de los tratados sobre derechos humanos incluso sobre las propias disposiciones constitucionales; otros les dan un nivel superior a la ley, pero inferior a la Constitución o, finalmente, se considera que poseen una situación equivalente a la de la ley. Este enfoque, que naturalmente está en función del derecho constitucional y no del derecho internacional, lleva a Santiago Corcuera a analizar la postura del sistema constitucional mexicano, que se expresa básicamente en el artículo 133 de la Constitución. Y es de gran interés observar la progresista postura expresada en fechas recientes por la Suprema Corte de Justicia de Mexico, al interpretar la disposición constitucional en el sentido de que tales tratados, aunque inferiores a la Constitución Federal, son jerárquicamente superiores a las leyes federales. El órgano judicial es consciente de estar abandonando un criterio que era distinto, lo que lleva a considerar la jerarquía superior de los tratados frente al derecho federal.

La decisión de la Suprema Corte de México toma en cuenta "el tiempo de los seres humanos", como se dice en una decisión pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una opinión consultiva solicitada precisamente por México, al reconocer la primacía y centralidad de la persona humana y contra el autoritarismo estatal propiciado por la época del positivismo. Así, a la vez que se reconocía al ser humano como sujeto del derecho tanto interno como internacional, se terminaba con una concepción que atribuía al monopolio estatal la titularidad de derechos, tendencia propiciada por el positivismo jurídico.

Es el actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el juez Antônio A. Cançado Trindade, en el voto concurrente de la opinión consultiva antes mencionada, quien constata que con la desmitificación de los postulados del positivismo voluntarista, se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez del derecho internacional general en la conciencia jurídica universal, a partir de la aserción de la idea de una justicia objetiva. Como una manifestación de esta última, se han afirmado los derechos del ser humano, emanados directamente del derecho universal, y no sometidos, por tanto, a las vicisitudes del derecho "interno".

Esta "conciencia jurídica universal", que supone una justicia objetiva, y que es mencionada en sentencias de la Corte Interamericana, parece ser la fuente material que sustenta el respeto que se debe siempre tener hacia la persona humana.

Es esta "conciencia jurídica universal", a la cual Santiago Corcuera hace referencia, la que funda precisamente una serie de exigencias tan fuertes que deben ser reconocidas por todos los Estados, con independencia que hayan firmado o no los tratados sobre la materia de que se trate, y que hacen nulos, no válidos, cualquier convenio o acuerdo que se haya pactado en sentido contrario. Es la temática del *jus cogens* que hace así su aparición.

De este modo, en 1970 la Corte Internacional de Justicia observa –en el caso famoso "Barcelona Traction" mencionado por Santiago Corcuera– que en el ordenamiento internacional es preciso establecer una distinción entre obligaciones basadas en la reciprocidad y obligaciones *erga omnes*, es decir, obligaciones que un Estado posee frente a todos los demás Estados. La Corte Internacional notó que existen ciertas obligaciones que un Estado tiene frente a la comunidad internacional en su conjunto; tales obligaciones, por su misma naturaleza, son relevantes para todos los Estados, porque todos los demás Estados tienen un interés jurídico en su cumplimiento. La Corte en esa ocasión señaló las normas que prohíben el genocidio, al igual que los principios y las normas concernientes a los "derechos fundamentales de la persona humana", comprendidos aquellos que prohíben la esclavitud y la discriminación racial.

Se trata de grandes principios, algunos referentes a derechos humanos (pues existen también en otros campos, como por ejemplo la prohibición de agresión entre Estados), que están desvinculados de reciprocidad: todos los Estados deben observarlos, independientemente del comportamiento de otros Estados en la materia. Y cualquier Estado se encuentra

autorizado a pedir cuentas (responsabilidad) en caso que no se respeten y a solicitar su cumplimiento.

Estamos en un nivel, el del *jus cogens*, que posee un rango más elevado que el de las normas ordinarias del derecho internacional. El *jus cogens* se integra de principios generales que poseen una fuerza jurídica especial: no pueden ser derogados a base de tratados o por normas consuetudinarias opuestas. El derecho de los pueblos a la autodeterminación (artículo primero de los dos grandes Pactos sobre derechos humanos y varios otros principios de derechos humanos) ha proporcionado un impulso básico a esta innovación que se ha dado en el seno de la comunidad internacional.

Esta afirmación refleja un vuelco fundamental en el modo de concebir las relaciones entre los Estados y las relaciones entre éstos, los pueblos y los individuos. Se afirman valores (respeto de la dignidad humana, autodeterminación de los pueblos, paz) que deben primar sobre cualquier interés o exigencia nacional. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (Viena, 1993) establece la legitimidad de la comunidad internacional en su conjunto respecto a la violación de los derechos humanos en cualquier momento y en cualquier lugar.

La consolidación de las obligaciones de protección *erga omnes* resulta de la emergencia de estas normas imperativas de derecho internacional llamadas *jus cogens*, mediante las cuales se ponen cotos fijos al uso arbitrario del poder político y a la voluntad de los Estados.

Santiago Corcuera tiene el acierto de presentar con claridad la importancia de estas normas de *jus cogens* y los problemas concretos relativos a cuáles de los derechos humanos poseen tal naturaleza. Analiza también las consecuencias que se siguen en el mundo de las reservas que los Estados pueden o no oponer a los tratados, al igual que a las posibles denuncias a los mismos.

El tema, consolidado ya en la importante Convención de Viena sobre los Tratados, ha sido también objeto de una sesión de investigación por parte de la Corte Internacional de Justicia. Corcuera conoce y usa las precisiones que en este terreno hacen grandes internacionalistas.

Estos progresos, que hablan de una preocupación que tiene la comunidad internacional como tal en la protección de los derechos humanos, implican consecuencias concretas: la afirmación de la capacidad procesal de la persona humana para exigirlos y denunciar su violación en el plano internacional, la creación de un Alto Comisionado de las Naciones Unidas

para los Derechos Humanos, la decisión de crear tribunales internacionales a los que se sometan litigios referentes a derechos humanos, etc. Sólo así se comprende la disposición creada en el sistema interamericano de derechos humanos según la cual la violación de un derecho humano –consagrado en la Convención Americana– puede ser denunciada no sólo por la víctima, sino por cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la "Organización" (artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En este sentido hay que destacar la importancia práctica que tiene para México el haber aceptado la competencia, en el nivel regional, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El autor tiene también el acierto de analizar dos casos concretos relacionados con el tema de los derechos humanos: el problema de la pena de muerte y el famoso artículo 33 de la Constitución mexicana que favorece la expulsión arbitraria de extranjeros.

Como se advierte, esta obra es de gran relevancia y suscita consideraciones significativas. Es enormemente clarificadora a la vez que sugestiva: dice mucho, pero sobre todo, abre amplias avenidas para ulteriores investigaciones. Es la obra de un joven internacionalista, inmerso en la problemática que le toca vivir y que apunta con acierto las direcciones por las que se debe caminar en ese esfuerzo por brindar protección jurídica eficaz a la persona humana.

El fruto de las investigaciones de Corcuera hace ver que se ha hecho mucho en el respeto de los derechos humanos fundamentales, a la vez que señala que queda mucho por hacer.

Este aspecto es fundamental: la obra ya realizada no permite descansar ni sentirse satisfecho a tal grado que se crea que nada queda por hacer.

Entregado igualmente a tareas académicas, Santiago Corcuera nota que, entre los desafíos que exigen lo mejor de nuestros esfuerzos, está el referente a la educación en derechos humanos. El lenguaje propio de los derechos humanos no debe ser comprendido y usado sólo por ciertos grupos selectos, sino que debe ser un lenguaje que utilicen todos los miembros de los diferentes grupos nacionales. Ello requiere un esfuerzo de educación formal y no formal en derechos humanos y en todos los niveles.

Por otra parte, todavía no existe una comprensión cabal del amplio alcance de las obligaciones convencionales de protección, que vinculan a todos los poderes y agentes del Estado. Es necesario adoptar y aplicar las

medidas nacionales de implantación, asegurando la aplicabilidad directa de las normas internacionales de protección de los derechos humanos en el nivel del derecho interno. Hay que asegurar el acceso directo de los individuos a la justicia, tanto en el plano nacional como internacional. Es indispensable asegurar el fiel cumplimiento de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos en el ámbito del derecho interno de los Estados-partes en los diversos tratados de protección. Es primordial extender la protección convencional a los derechos económicos, sociales y culturales, de modo que se dé en la práctica la reconocida indivisibilidad de los derechos humanos. Es fundamental asegurar una mejor coordinación entre los múltiples mecanismos y procedimientos internacionales de derechos humanos, en los terrenos global y regional. Es imprescindible concebir nuevas formas de protección del ser humano ante la diversificación de las fuentes de violación de sus derechos.

Frente a estos desafíos constituye un motivo de satisfacción y de esperanza constatar la presencia de juristas que, como Santiago Corcuera, actúan e investigan en los ricos campos del derecho interno y del derecho internacional y que tienen como tema de preocupación fundamental aquello que es raíz y objeto del derecho: el respeto a la persona humana.

Jaime Ruiz de Santiago

Introducción[1]

En la tradición jurídica mexicana, el tema de los derechos humanos se estudia, de manera predominante, desde la perspectiva del derecho constitucional. Así, en las escuelas de derecho de nuestro país se imparten las asignaturas llamadas Garantías individuales y Amparo. Asimismo, los libros de texto de dichas materias se limitan al análisis de las disposiciones constitucionales correspondientes, sin referirse a los efectos que el derecho internacional de los derechos humanos puede tener sobre tales disposiciones.

Prácticamente en ninguna escuela de derecho se imparte la asignatura Derecho internacional de los derechos humanos salvo, por ejemplo, la Universidad Iberoamericana, que la incluye en su plan de estudios como materia optativa. El derecho internacional de los derechos humanos se estudia, en el mejor de los casos, como un subtema de derecho internacional público.

En la práctica profesional, en contadas ocasiones los tratados internacionales en materia de derechos humanos son invocados por las partes en conflicto y tomados en cuenta por los jueces en la emisión de sus sentencias.

Lo anterior es una muestra del desconocimiento del contenido del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los operadores jurídicos y sus efectos en el derecho interno. Más aún, ha entorpecido su aplicación, a pesar de que, muchas veces, las disposiciones de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos amplían el ámbito de protección concedida por las leyes mexicanas, incluidas las de la Constitución.

[1] Introducción de *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, Oxford University Press, México, 2002, antecedente directo de esta obra.

En esta obra se pretende exponer las bases teóricas concernientes a la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, con énfasis en el orden jurídico mexicano. Se intenta presentar un marco teórico general del derecho de los derechos humanos, integrado tanto por disposiciones de derecho nacional como de derecho internacional.

Con el fin de presentar las consecuencias que se derivan de la interconexión del derecho mexicano y el derecho internacional de los derechos humanos, la obra se estructuró de la siguiente manera: primero se describen los marcos teóricos del derecho interno y del derecho internacional de los derechos humanos. Después se presenta una descripción general del orden jurídico nacional en materia de derechos humanos. Finalmente, se aplica el modelo explicativo a dos casos concretos, en los cuales se muestran las consecuencias específicas de la relación del derecho internacional y el derecho mexicano de los derechos humanos. La finalidad de explicar la aplicación del marco teórico expuesto a los dos casos concretos seleccionados es proponer al lector solamente dos ejemplos relevantes, con el objetivo de que estos principios puedan aplicarse a cualquier otro caso.

En el capítulo 1 se aborda el derecho constitucional desde una perspectiva general, pero desde el ángulo del problema de los derechos humanos. Se trata la formación del Estado desde una postura contractualista, basada primordialmente en la figura del mandato, comparándolo con diversos conceptos de derecho civil que pretenden ayudar a la comprensión del tema planteado. Se pone especial énfasis en las obligaciones que tiene el Poder Constituyente de reconocer y garantizar los derechos humanos y, siguiendo a Felipe Tena Ramírez, se resaltan los límites a la soberanía popular nacional impuestos por las normas internacionales de "interés de la humanidad" que protegen la dignidad de la persona humana. También se cuestiona el uso arraigado del concepto de *garantías* como sinónimo de *derechos*. Tomando como punto de partida la definición de garantía en el derecho privado, se procede a aplicarla al derecho público, para concluir que el concepto de *garantía* —tal como se usa en la Constitución mexicana y lo acepta la doctrina de nuestro país— se aplica incorrectamente a la noción de *derechos humanos*.

En el capítulo 2 se aborda el derecho internacional de los derechos humanos y se presenta una descripción general de la composición del orden jurídico internacional sobre derechos humanos. Por su parte, el capítulo 3

consiste en un análisis de la naturaleza de los tratados sobre derechos humanos, distinguiéndola de la de otros tratados. Se concluye que los tratados de derechos humanos no son de índole sinalagmática, además de ser reflejo, en muchos casos, de normas de *jus cogens*, lo que produce efectos específicos en diversas instancias, como el de las reservas y la denuncia, temas que se tratan en detalle.

En el capítulo 4 se presenta una visión amplia de la conformación del orden jurídico mexicano en materia de derechos humanos; se identifican las normas constitucionales, las leyes federales y estatales, así como los tratados internacionales de los que México es parte, en materia de derechos humanos.

El capítulo 5 se refiere al problema de la jerarquía de las normas, que se aborda desde la perspectiva de la interconexión del derecho internacional y el derecho interno de los derechos humanos, se resaltan los efectos que los principios derivados de las normas de *jus cogens* producen en el derecho doméstico. Se presentan algunos aspectos comparativos de diversos sistemas jurídicos del continente americano que resultan ilustrativos, para concluir con el caso mexicano y expresar nuestra opinión al respecto, tomando en cuenta las distintas corrientes de pensamiento que este problema ha generado en la doctrina jurídica mexicana y que, a nuestro juicio, no han atinado a proponer soluciones completas, ya que no consideran los efectos que producen en el derecho interno las normas perentorias de derecho internacional.

En el capítulo 6 se presenta la aplicación de las consideraciones anteriores a dos casos concretos especialmente ilustrativos. En uno de ellos se demuestra que el derecho internacional amplía la protección concedida por la Constitución, sin contradecirla, por lo que se integra plenamente al sistema jurídico. En el otro se presenta un choque frontal entre lo previsto por la Constitución *y* lo que señalan los tratados internacionales, lo cual genera un dualismo jurídico. El primer caso se refiere a la pena de muerte. Que sepamos, ninguna de las obras escritas sobre el tema, ya sea en materia constitucional o penal, incluye en su tratamiento los efectos de la aplicación del derecho internacional. El segundo caso es el de la expulsión de extranjeros en aplicación del artículo 33 constitucional. Se eligió este tema en virtud de que ofrece la oportunidad de analizarlo desde prácticamente todos los aspectos señalados en la parte general de esta obra.

La mayor parte de este trabajo la elaboré durante mi estancia de un poco más de un año académico (1997-1998), en calidad de investigador visitante

(*visiting fellow*) en el Lauterpacht Research Centre for International Law de la Universidad de Cambridge, Inglaterra. Durante este lapso tuve la oportunidad de escribir parte de las reflexiones que a lo largo de más de 10 años se fueron gestando en mí como consecuencia de la impartición del primer curso de derecho constitucional en la Universidad Iberoamericana (Santa Fe, Ciudad de México). Este curso versa precisamente sobre derechos humanos. Desde que se me otorgó la oportunidad de impartir esa materia, tomé la decisión de no limitar el análisis de las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales a lo previsto en la Ley Fundamental, sino de ampliarlo a las leyes ordinarias, tanto federales como locales y, desde luego, a las contenidas en los tratados internacionales de los que México es parte.

Esta decisión se vio influida por diversos factores. Uno de ellos fue mi experiencia como alumno, en los primeros años de estudio de licenciatura, del doctor Jaime Ruiz de Santiago, profundo conocedor del derecho mexicano e internacional y experto en los temas jusfilosóficos de toda índole, incluidos, desde luego, los relativos a la fundamentación de los derechos humanos. Fue de él de quien oí, por primera vez, el concepto de *jus cogens* internacional y por quien supe de la existencia de tratados internacionales sobre derechos humanos. Al final de mis estudios de licenciatura fue el doctor Ruiz de Santiago el que con paciencia supervisó la elaboración de mi tesis profesional titulada *Algunos aspectos jusfilosóficos y constitucionales de la libertad de conciencia*. Debido a la falta de tiempo tuvimos que dejar fuera del contenido de la tesis los aspectos internacionales. La influencia de Jaime Ruiz de Santiago y de otros inolvidables profesores como Miguel Villoro Toranzo, Efraín González Morfín y Mariano Azuela Güitrón ha sido determinante en mis intereses académicos, que se reflejan en gran medida en este trabajo.

Otro factor que me impulsó a tratar los temas relativos a los derechos humanos constitucionales en relación con otras disposiciones jurídicas locales e internacionales fue el curso de Libertades civiles impartido por el doctor Paul O'Higgins, que tomé durante 1982-1983, en el que fui alumno de la maestría en Derecho en la Universidad de Cambridge, Inglaterra. Este curso me mostró una perspectiva hasta entonces desconocida para mí. Cada uno de los derechos humanos se analizaba a la luz de las más variadas normas jurídicas y sentencias del derecho inglés y, además, se relacionaba recurrentemente con las de la Convención Europea sobre Derechos Humanos. He intentado aplicar esa experiencia académica en el curso de Derecho constitucional de los derechos humanos que imparto

en la Universidad Iberoamericana y, desde luego, en el trabajo que aquí se presenta a la consideración del lector. Mi interés por seguir estudiando el derecho de los derechos humanos se debe, en gran medida, a mis alumnos, quienes con sus objeciones y preguntas, siempre frescas, han lubrificado el motor que me mueve a seguir adelante en esta tarea, y a quienes se destina esta obra.

Las facilidades que me brindaron el Lauterpacht Research Centre for International Law, adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge, y el Queens College, me permitieron no sólo escribir la mayor parte de este trabajo, sino profundizar en mis reflexiones y apoyarlas en la bibliografía que estaba a mi disposición en las bibliotecas de la universidad. Asimismo, me fue de gran utilidad asistir como oyente a las sesiones de los cursos de Derecho internacional de los derechos humanos (impartidos por Susan Marks) e Historia y teoría del derecho internacional (impartidos por James Crawford y Phillip Allot). Nunca dejaré de estar suficientemente agradecido con Cambridge y con Queens por el apoyo y afecto que recibí de ellos.

Finalmente, no quiero dejar pasar esta oportunidad sin agradecer a Jaime Ruiz de Santiago, primero por haber escrito el prólogo de este libro, pero sobre todo, por el minucioso análisis que hizo del mismo, sus concienzudos comentarios y su disponibilidad para discutirlos personalmente conmigo.

capítulo 1

El derecho constitucional de los derechos humanos

Propósitos

Al finalizar este capítulo, el lector será capaz de:

- Definir los principios básicos de los derechos humanos contenidos en la Constitución.
- Reconocer los elementos del derecho positivo y aplicarlos para definir el derecho constitucional de los derechos humanos.
- Entender por qué la soberanía popular y la soberanía del Estado tienen como límites el respeto a la dignidad humana y los derechos de la persona.
- Entender el principio pro persona y asumir una posición crítica ante las decisiones judiciales que lo han disminuido y frente a las restricciones de derechos contenidas en la Constitución.

Por lo general, el tema de los derechos humanos en México se ha estudiado desde el ángulo jurídico. En la licenciatura en derecho, generalmente se incluye en los planes de estudio del derecho constitucional, aun hoy, después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 11 de junio de 2011.

Entonces, parece conveniente comenzar el análisis de este tema con un acercamiento al concepto de *derecho*[1] *constitucional* y ver su relación con los derechos humanos; posteriormente se tratará el concepto de las llamadas *garantías constitucionales*.

Cuando se utiliza el vocablo *derecho* con referencia a la facultad que alguien tiene para hacer u obtener algo, por ejemplo, cuando se dice "tengo derecho a que me pagues", se usa *derecho* como derecho subjetivo, como derecho que le pertenece al sujeto. Aludiremos a esta acepción con mayor frecuencia, ya que este trabajo se refiere precisamente a los derechos subjetivos de las personas, conocidos como *derechos*

[1] Para el desarrollo de este tema seguiremos principalmente a tres autores: Miguel Villoro Toranzo, Efraín González Morfín y Jaime Ruiz de Santiago.

humanos. Pero no es en este sentido en el que normalmente se usa el concepto *derecho constitucional*, salvo que se refiera a algún derecho subjetivo reconocido y garantizado por la Constitución, en cuyo caso se trataría, por ejemplo, del derecho a la libertad religiosa, como derecho (subjetivo) constitucional.

La palabra *derecho* también se emplea para hablar del derecho como ciencia o de la ciencia del derecho. En este sentido se dice que un alumno estudia derecho, y se puede hacer referencia a diferentes ramas jurídicas, como el *derecho constitucional*, que es el que estudia las normas e instituciones constitucionales.[2]

En la alusión anterior se vislumbra otra acepción de *derecho*, que es la que nos interesa en particular. Nos referimos a derecho como norma o, mejor aún, como conjunto de normas, lo que Miguel Villoro Toranzo denomina *derecho objetivo*[3] y Efraín González Morfín *derecho normativo*.[4]

El derecho como sistema de normas

Se ha propuesto un sinnúmero de definiciones de *derecho* como conjunto de normas. Una de ellas, por cierto excelente, la propone Villoro: "*Derecho* es un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica."[5]

En esta definición hay elementos de gran relevancia para el objeto principal de estudio de este trabajo, que es el de los derechos fundamentales del ser humano.

En primer lugar, el autor alude a un sistema de normas, y no simplemente a un conjunto de normas. Esto tiene sentido, ya que el orden jurídico es precisamente eso, un orden, y la palabra *sistema* denota la existencia de un conjunto de elementos que mantienen cierto orden. Los *sistemas* son conjuntos de elementos con un cierto orden.[6] Podrá haber sistemas naturales, no creados por la razón humana, como el respiratorio o el digestivo en los animales. Y habrá, como en el caso del derecho, sistemas creados por la razón humana; por eso Villoro indica que el derecho es un sistema *racional* de normas.

[2] Jaime Ruiz de Santiago, *Naturaleza y fines del derecho,* UIA, México, 1978, pp. 109 y siguientes.

[3] Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed., Porrúa, México, 1982, p. 7.

[4] Efraín González Morfín, *Derechos humanos; curso modular a distancia; video y cuaderno de trabajo,* Asociación Mexicana de Promoción y Cultura Social, A. C., Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, México, 1997, p. 57.

[5] Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, p. 127.

[6] **Sistema**: "1. Conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí. 2. Conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto..." Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española,* Edición del Tricentenario. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=Y2AFX5s.

Es indispensable conocer los elementos que conforman este sistema, ya que en definitiva no se sabrá qué es un bosque si no se sabe qué es un árbol. Lo mismo sucede con el concepto que tratamos de comprender. Si el derecho es un conjunto ordenado de normas, tendremos que conocer el significado de la palabra *norma* para saber lo que es el derecho. Villoro habla de *normas de conducta*, lo que nos indica que puede haber normas que no sean de conducta. *Norma* es sinónimo de *regla*.[7] Sabemos, por ejemplo, que hay reglas gramaticales, que son las que deben cumplirse para construir correctamente un conjunto de palabras en frases u oraciones. Hay reglas aritméticas para efectuar de manera correcta operaciones numéricas. También existen reglas de conducta, es decir, principios que deben cumplirse para conducir de manera correcta el accionar humano. A estas reglas se refiere la definición de *derecho* que tratamos de analizar. *Norma*, en este sentido, es una regla que prescribe un deber, cuya estructura formal es la de un juicio de valor en modo imperativo.[8]

Pero esta definición no es lo suficientemente específica para que se refiera solo a normas jurídicas. Habrá reglas de carácter moral, que prescriban un deber para el sujeto y cuya estructura formal sea la de un juicio de valor en modo imperativo, aunque no necesariamente sean jurídicas. Con esto, de manera implícita afirmamos que todas las normas jurídicas son normas morales, en términos generales; sin embargo, tienen alguna diferencia especial que las distingue de las normas morales. Es decir, la norma jurídica es una especie de norma moral.[9]

La definición de Villoro incluye otro elemento distintivo de las normas que conforman el sistema jurídico: son normas sociales de conducta, es decir, son normas de moral social. Así, las normas jurídicas son reglas que prescriben deberes respecto del comportamiento que los sujetos que viven en sociedad deben observar para una convivencia correcta. Pero esto todavía no nos permite distinguir la diferencia entre normas morales y jurídicas, sino solamente la divergencia entre normas morales individuales y sociales. Podrá haber una serie de normas morales que no tengan un contenido social, mas no por eso dejan de ser obligatorias moralmente para el sujeto, en cuanto a su desarrollo como persona. Podrá haber otras muchas que sí lo tengan,

[7] Rafael Preciado Hernández, *Lecciones de filosofía del derecho,* 9a. ed., Jus, México, 1978, p. 78.

[8] *Ibidem,* p. 80.

[9] Con lo dicho, desde luego, adoptamos determinada postura ideológico-doctrinal que ha sido objeto de profundos debates. Nuestra postura, como puede descubrirse fácilmente, se adhiere a la doctrina que afirma que el derecho es una especie de moral o, lo que es lo mismo, que el derecho es moral. Véase sobre el tema de la moral y el derecho, por ejemplo, Efraín González Morfín, *Temas de filosofía del derecho,* Oxford University Press, México, 1999, capítulo 12; Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho,* 29a. ed., Porrúa, México, 1978, pp. 15 a 24; Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del derecho,* capítulo II, "Las nociones morales del derecho", Porrúa, México, 1982, pp. 15 y ss.; Rafael Preciado Hernández, *op. cit.,* pp. 110-117 y 181 y ss., por solo señalar algunas obras en que se trata este tema. Pueden verse también los artículos de Jorge Malem, "De la imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart", y de Rolando Tamayo y Salmorán, "Dogmática y teoría moral", en *Isonomía, Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 4, ITAM, abril de 1996, pp. 7-16, el primero, y pp. 29-42, el segundo.

pero no por ese simple hecho se vuelven normas jurídicas. También encontramos diversas normas de moral social que no alcanzan a ser jurídicas.

Sin embargo, hasta ahora podemos decir que solo las normas morales de contenido social pueden ser normas jurídicas, en la medida en que al derecho lo que le interesa es regular los actos de las personas que tengan efectos en la convivencia social. Lo que distingue a un tipo de norma de otra es precisamente la declaración de obligatoriedad por parte de quien la crea. Por eso Villoro, en su definición, distingue al decir que estas normas, que pertenecen al sistema jurídico, son normas sociales de conducta declaradas obligatorias por la autoridad. No debemos confundirnos y pensar que la distinción entre normas morales y jurídicas es que las primeras no son obligatorias y las segundas sí. Ambas son obligatorias para el sujeto, pero unas no son declaradas obligatorias por la autoridad y las otras sí.[10] Lo anterior tiene sentido, pues resultaría por demás inapropiado, y de hecho inconveniente, que el Estado tratara de declarar obligatorias todas las normas morales de carácter social (o peor aún, de carácter individual). El *derecho* es "moral autolimitada".[11]

El legislador, por así decirlo, escoge de entre las normas de moral social las que resultan más importantes para lograr el *bien común*,[12] que asegure la convivencia pacífica entre los integrantes de la colectividad. El derecho no puede regular más que eso, si no se quiere correr el riesgo de la opresión y del despotismo. De acuerdo con la claridad contundente de González Morfín, el Estado no puede perseguir "hasta los malos pensamientos".[13]

De esto se deriva un elemento de importancia fundamental en las normas jurídicas, que es su coercitividad por parte del Estado. Tampoco debemos afirmar a la ligera que las normas morales no son coercibles, pues es posible percibir elementos de verdadera coercitividad en normas morales de carácter social, aunque esta no sea ejecutada por la autoridad.[14] Lo que las distingue es que las normas sociales de conducta declaradas obligatorias por la autoridad prescriben sanciones que pueden ser impuestas por la autoridad; prevén obligaciones que, de incumplirse, pueden ser exigidas y, en ocasiones, se hacen cumplir por la fuerza del Estado, o si esto no es posible, el Estado puede imponer sanciones que hace cumplir forzosamente.[15]

[10] Véase René Simon, *Moral,* 4a. ed., Herder, Barcelona, 1981, pp. 293-303.

[11] Efraín González Morfín, *Temas de filosofía del derecho,* pp. 151 y 207.

[12] Sobre el concepto de *bien común,* véase L. Le Fur, J. T. Delos, G. Radbruch y A. J. Carlyle, *Los fines del derecho, bien común, justicia, seguridad,* UNAM, México, 1975.

[13] *Idem.*

[14] *Idem.*

[15] Villoro recomienda, respecto del tema de la obligatoriedad del derecho, la lectura de la obra de Rudolf Stammler, *La esencia del derecho y de la ciencia del derecho.*

Para finalizar, el concepto de Villoro nos proporciona la justificación que la autoridad tiene para declarar obligatorias determinadas normas sociales de conducta y dotarlas de coercitividad estatal, que consiste en que son necesarias para solucionar, con justicia, los problemas que se presentan en la realidad histórica. En esta última parte de la definición encontramos dos elementos de importancia fundamental. El primero, la referencia a la justicia como fin del derecho. El segundo, la realidad histórica, sobre la que hablaremos con detalle más adelante, cuando analicemos los factores reales de poder y la sociología del derecho como ciencia auxiliar del derecho.

En los cursos introductorios de la carrera de derecho, los estudiantes aprenden que el derecho tiene fines, que son, en primer lugar, la justicia, así como la seguridad y el bien común.[16] No pretendemos repetir este tema, pero es importante reflexionar sobre el particular, de manera que el final y el comienzo de este apartado se relacionen.

Al hablar del derecho como conjunto de normas, manifestamos que Villoro lo llama *derecho objetivo*, mientras que González Morfín lo denomina *derecho normativo*. Según este último autor,[17] el derecho objetivo es "lo justo objetivo", lo que objetivamente es justo: que las personas se den de manera recíproca lo que les pertenece, lo que les corresponde. En una palabra: su *jus*. De acuerdo con González Morfín:

> En la concepción comentada se dice frecuentemente que el derecho *(jus)* es ante todo la misma cosa justa, como analogado principal de las nociones derivadas. En este sentido, *jus*, justo, es lo "suyo" que se debe a cada quién, aquello "que se requiere para que alcance su perfección". Lo debido, el *suum*, es lo que un individuo tiene derecho a reclamar de otro como algo que se le adeuda *y* que no corresponde a nadie más que a él (Pieper).[18]

Parafraseando la definición clásica de *justicia*, de Ulpiano, y utilizando la terminología propuesta por González Morfín, el *derecho objetivo* es lo que a cada cual le corresponde, o lo suyo de cada cual. Así, en el concepto que Villoro propone de lo que él llama *derecho objetivo*, pero que González Morfín prefiere nombrar *derecho normativo*, se incluye el elemento que González Morfín denomina *derecho objetivo*, es decir, lo justo objetivo, la cosa objeto del derecho subjetivo. Afirma Villoro que la autoridad declara obligatorias las normas sociales de conducta porque las considera soluciones justas a los problemas que se presentan en la realidad histórica. Diría González Morfín: el derecho normativo, al ser declarado obligatorio por la autoridad competente, tiene como finalidad lograr que el derecho objetivo se dé en la realidad; que a los

[16] Véase Jaime Ruiz de Santiago, *Naturaleza y fines del derecho,* UIA, México, 1978.

[17] Efraín González Morfín, *op. cit.*, pp. 89 y ss., y 141.

[18] Efraín González Morfín, "Analogía, ser del derecho y ser de la sociedad", *Jurídica*, UIA, núm. 6, citado por Jaime Ruiz de Santiago en *Naturaleza y fines del derecho*, *op. cit.*, p. 86.

sujetos se les dé lo suyo, que se les haga justicia a los integrantes de la colectividad, que se les honren sus derechos subjetivos.

Derecho constitucional

Recordaremos el significado de la palabra *constitucional*, para que podamos deducir un concepto de *derecho constitucional*.

El vocablo *constitucional* deriva del verbo *constituir*, que significa "formar, componer, organizar, establecer, ordenar";[19] por tanto, *constitución* es sinónimo de *composición*, *formación*, *ordenación* y de la acción de constituir, formar, ordenar y organizar.[20] *Constitucional*, entonces, significa lo propio o perteneciente a la acción de constituir.[21]

En el lenguaje coloquial usamos las palabras indicadas de manera indistinta, por ejemplo, para decir que se organizó un grupo musical, que se formó una familia, que se constituyó una asociación de vecinos, etcétera.

De este modo, y como un primer acercamiento al concepto, podemos tener idea de lo que significa *derecho constitucional;* de manera preliminar diremos que es el conjunto de normas orientadas a constituir, formar y organizar. Sin embargo, abarcaría ramas del derecho distintas del *constitucional*, pues sabemos que, por ejemplo, mediante diversas normas administrativas se organizan o constituyen organismos descentralizados, fideicomisos, universidades, etc., sin que estas normas sean integrantes del sistema que compone el derecho constitucional como lo conocemos. De la misma forma, el derecho normativo de las sociedades, tanto civiles como mercantiles, es decir, el derecho corporativo, contiene disposiciones que regulan la constitución de personas morales, así como su organización y funcionamiento.

La fundación u organización propia del derecho constitucional es la del Estado. Aun sin adentramos en la bibliografía jurídica, cualquier diccionario de español nos aclara esto, pues define la palabra *constitución* de la manera siguiente: "Ley fundamental de la organización de un Estado."[22] Así, de manera preliminar podemos decir que el *derecho constitucional* es el conjunto de normas declaradas obligatorias por la autoridad, orientadas a la organización del Estado.

[19] **Constituir**: "1. Formar, componer, ser. 2. Establecer, erigir, fundar..." *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, Edición del Tricentenario. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=Y2AFX5s.

[20] **Constitución**: "1. Acción y efecto de constituir o constituirse." *Idem.*

[21] **Constitucional**: "1. Perteneciente o relativo a la constitución o a la Constitución de un Estado... 3. Que se ajusta a la Constitución." *Idem.*

[22] **Constitución**: "4. Ley fundamental de un Estado, con rango superior al resto de las leyes, que define el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la organización política." *Idem.*

Si acudimos a la definición de *derecho* que propone Villoro, y que hemos intentado analizar líneas arriba, tendríamos que hacernos algunas preguntas específicas para ofrecer un concepto de *derecho constitucional* más concreto, que reúna los elementos de la proposición de Villoro. Por ejemplo, tendríamos que cuestionarnos: ¿cuál es la autoridad competente para declarar obligatorias las normas que componen el derecho constitucional?; ¿cuáles son los datos jurídicos que esa autoridad toma en cuenta para declarar obligatorias esas normas?, ¿por qué las considera soluciones justas para el logro de la organización del Estado? y, desde luego, ¿qué es el Estado?

Estas son preguntas que han recibido múltiples respuestas a lo largo de la historia de la teoría política, y no pretendemos hacer un recuento[23] sino, más bien, mediante reflexiones propias, adoptar las respuestas concretas que consideramos más relevantes y remitirnos a las fuentes correspondientes.

Antecedentes de la formación del Estado

En primer lugar, partimos de la base de que, si lo que se pretende mediante el derecho constitucional es la formación del Estado, debemos asumir entonces que antes del derecho constitucional el Estado no existe en acto. Y ya que el Estado no existe en esas condiciones, la pretensión del derecho constitucional es precisamente organizarlo, fundarlo y formarlo.

Como un intento para comprender mejor esta idea, pensemos en el concepto del *derecho privado*, en particular, del *corporativo*, utilizando algún ejemplo de la vida cotidiana.

Ejemplo:

Supongamos que los alumnos de derecho de una universidad desean constituir una asociación para defender sus derechos como estudiantes. En ese momento la asociación no existe; lo que tenemos es un grupo de alumnos con la intención de organizarse a fin de lograr determinados fines convenientes para su desarrollo académico. Entre ellos tendrán que decidir qué tipo de asociación fundar y, por tanto, definir sus elementos característicos, como las reglas para pertenecer a la asociación en calidad de miembro, la forma en que deberá regirse la organización interna de la asociación, quiénes van a elaborar las reglas posteriores que obliguen a los integrantes y los requisitos que esas reglas deberán cumplir, un catálogo de los derechos y

[23] Sobre el desarrollo histórico de la concepción del Estado y el concepto de *soberanía*, véase Héctor González Uribe, *Teoría política*, capítulos VIII, "Diversos conceptos del Estado", y XV, "Estado soberano y sumisión al derecho", 8a. ed., Porrúa, México, 1992.

las obligaciones de los miembros, tal vez el establecimiento de un consejo de honor, que se dedique a revisar el comportamiento de los integrantes y representantes de la asociación, etc.[24] Para decidir esto, los estudiantes que vayan a pertenecer a la asociación tendrán que reunirse, a fin de que, juntos, lleguen al resultado deseado, resuelvan estos asuntos y después los pongan por escrito, con el fin de no olvidarlos.[25]

Supongamos que, debido al gran número de estudiantes, es prácticamente imposible que en la reunión constitutiva estén todos presentes y puedan hacer oír su voz. Lo práctico sería, entonces, que de entre ellos elijan a algunos integrantes para que con un número más reducido de alumnos puedan trabajar mejor. En estas circunstancias, aquellos que no asistan podrían delegar en sus compañeros facultades amplias de acción *y* decisión.[26]

La soberanía popular

Algo similar es lo que en teoría política se define como *formación del Estado*. Se parte de la búsqueda del concepto de *soberanía*, que en este caso, en una primera aproximación simplista, sería la capacidad de decisión para organizar el Estado. Como se sabe, el asunto de la titularidad legítima de la soberanía ha tenido un largo y a veces tremendamente doloroso camino en la historia.

Los integrantes de la comunidad no se consideraban los titulares de este derecho, sino que, se decía, este poder radicaba en la divinidad, que lo delegaba en sus representantes en la Tierra, quienes eran poseedores derivados de manera absoluta de ese poder.[27] La consecuente opresión derivada de este concepto provocó un cambio radical en la definición de la titularidad de la soberanía. El titular de la soberanía es el pueblo, se dice aún ahora.[28] Pero como el pueblo o, más claramente, como todos los

[24] Sobre el contrato social, véase J. J. Rousseau, *El contrato social*, colecc. Nuestros Clásicos, UNAM, México, 1962, pp. 20-23; Héctor González Uribe, *Teoría política, op. cit.,* pp. 446 y ss.; Thomas Hobbes, *El leviatán,* Fondo de Cultura Económica, México, 1940; Carlos de Secondat, Montesquieu, *El espíritu de las leyes,* Río Pedras, Editorial Universitaria, Puerto Rico, 1964.

[25] Podría suceder, desde luego, que no se ponga por escrito nada, que la organización nazca de manera espontánea y las reglas se vayan haciendo con la práctica cotidiana; que no se tenga un documento en el que conste la constitución de la asociación, pero que no obstante, se ostente ante la generalidad como una asociación estudiantil. En la teoría política, este sería el caso de las constituciones no escritas y flexibles, como el derecho constitucional consuetudinario inglés.

[26] Por el contrario, podrían indicarles que, una vez elaborado el proyecto de documento constitutivo, sea sometido a la aprobación de todos.

[27] Sobre soberanía divina véase Vitoria y Suárez en González Uribe, *op. cit.,* p. 321.

[28] Acerca de la soberanía popular, véanse autores como Rousseau y Locke. Sobre el concepto de *soberanía,* véase Georg Jellinek, *Teoría general del Estado,* 2a. ed., Compañía Editorial Continental, México, 1958; Bodino en González Uribe, *op. cit.,* capítulo XV, "Estado soberano y sumisión al derecho"; sobre la Ilustración y la Revolución francesas, véase J. P. Mayer, *Trayectoria del pensamiento político,* capítulo VII, "La sociedad y el pensamiento político en Francia", 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1961.

integrantes del pueblo no pueden manifestarse individualmente respecto de la constitución del Estado, entonces delegan el poder en algunas personas, quienes deben realizar esta labor en representación de los demás. Son, pues, verdaderos mandatarios del pueblo.[29]

El mandato popular

Al grupo de personas que reciben el mandato del pueblo para constituir al Estado se le conoce en la doctrina de la teoría general del derecho constitucional como Poder Constituyente.[30] En todo curso de derecho constitucional en las escuelas de derecho de nuestro país, particularmente siguiendo la obra fundamental de Tena, se enseña que el Poder Constituyente es un órgano que se forma ex profeso para la creación del Estado, y que está investido o apoderado por el pueblo por ser este el titular esencial y original de la soberanía.[31] Si utilizamos otra vez la terminología del derecho civil, se trataría de un poder general amplísimo respecto de sus facultades, pero especial en cuanto al negocio para el que se confiere.[32] En efecto, el poder que le otorga el pueblo al órgano constituyente es especial en cuanto al negocio, pues lo da para fundar el Estado, exclusivamente.

Ejemplo:

Si continuamos con nuestro ejemplo de la constitución de una asociación de alumnos, algunos podrían otorgar un poder especial en cuanto al negocio a uno de sus compañeros, pero general respecto de las facultades que puede ejercer en la realización del negocio respectivo. Como se sabe, los poderes especiales referidos al negocio se agotan o terminan una vez que el apoderado realiza el negocio para el que fueron otorgados.[33]

[29] Debemos aclarar que el sentido que se le da en este capítulo al concepto de *pueblo* es el tradicional, que no distingue entre los diferentes grupos, con características peculiares, que legítimamente pueden ser llamados *pueblos,* y que merecen reconocimiento y protección dentro del marco constitucional. En este sentido, resultan de vital importancia los reclamos de los pueblos indígenas a su derecho a la autodeterminación, sin que por ello se derive una secesión de un Estado independiente.

[30] Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano,* 17a. ed., Porrúa, México, 1980, pp. 12 y siguientes.

[31] *Idem*.

[32] En ocasiones se dice que el Poder Constituyente es depositario de la soberanía popular. En este sentido se compara la soberanía con un objeto que puede entregarse al cuidado de alguien, en este caso, del Poder Constituyente. Si hemos de utilizar la terminología que nos presta el derecho civil, preferimos usar el concepto de *mandato* más que el de *depósito*, pues el depositario no puede hacer nada con el bien que se le da en depósito sino cuidarlo, simplemente. La figura del contrato de mandato es más apegada a lo que en realidad sucede en este caso.

[33] Artículo 2595, fracción V, del Código Civil.

Del mismo modo, en la teoría constitucional se ha dicho, y con razón, que el órgano establecido para crear el Estado es *ad hoc,* por tanto, desaparece o se disuelve una vez que cumple con su cometido.[34]

Las "cláusulas naturales" del mandato popular

Cuando decimos que el poder que recibe el órgano constituyente es especial en cuanto al negocio, pero general respecto de las facultades para su realización, no pretendemos afirmar que el Poder Constituyente no tenga ninguna limitación. En la teoría general de los contratos se dice que hay determinados aspectos que no requieren plasmarse expresamente en el contrato, es decir, que no necesitan un pacto expreso, pues se entiende que "están, aunque no se digan". La doctrina los denomina *cláusulas naturales*,[35] que son las disposiciones que no obstante que no se expresen en el contrato, se sabe que están contenidas en la ley, que así suple la ausencia de la estipulación expresa. En materia de mandato sabemos que existe una serie de obligaciones que tiene el mandatario, aunque el mandante no las exprese en el poder que confiere. Debemos decir, aunque sea simbólicamente, que lo mismo sucede en el caso del mandato que el pueblo confiere al Poder Constituyente.[36]

Poder especial. En primer lugar, el que recibe un poder especial en cuanto al negocio no puede representar al mandante en ninguna otra circunstancia. Su labor es realizar los actos necesarios para lograr la consecución del negocio mandado. En este caso, el Poder Constituyente debe organizar el Estado. No es preciso que en el mandato se instruya expresamente al mandatario sobre las características esenciales del Estado, pues se asume que él conoce lo que es un Estado y formará al ente que reúna los elementos que lo caracterizan, pues de lo contrario no estaría cumpliendo con el mandato.

Así, si el Estado es el ente con personalidad jurídica propia, compuesto de territorio, población y órganos de gobierno, entonces eso es lo que deberá fundar. Parafraseando a Jellinek, citado por Tena,[37] podríamos decir que "lo que depende de su poder, no es saber *si* el Estado debe existir, sino sólo *cómo* ha de organizarse".

Respecto del *cómo* tampoco podemos afirmar que tenga absoluta capacidad de decisión, sino que tendrá que seguir "los deseos" del mandante, aunque no los haya dicho en forma expresa. Analizaremos esto más adelante. En todo caso, en cuanto

[34] Felipe Tena Ramírez, *op. cit.*, p. 18.

[35] "...cabe mencionar que las cláusulas de un contrato pueden ser... naturales, cuando son consecuencia ordinaria del contrato, por lo que se tienen por puestas, salvo pacto en contrario..." Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 4a. ed., Porrúa, México, 1978, p. 66.

[36] Véase, respecto de la argumentación que prosigue, el capítulo II, pp. 27 y ss., de la obra citada de Felipe Tena Ramírez.

[37] Felipe Tena Ramírez, *op. cit.,* p. 27.

a la formación del Estado, el mandatario deberá hacer precisamente eso: darle forma o, de modo más específico, establecer la forma de gobierno. Así, tendrá que decidir, por ejemplo, si adoptar una forma republicana, federada o representativa, y crear los órganos o poderes que deban gobernar.

Al Poder Constituyente, como nos enseña Tena, no le toca gobernar, sino crear los órganos de gobierno, y por ello el autor distingue entre el Poder Constituyente, que desaparece al concluir su misión de darle forma al Estado, y los poderes constituidos, que son los que permanecen y a través de los cuales se ejercerá la función de gobernar. Después, la voluntad popular tendrá que pronunciarse para decidir quiénes deben ejercer las facultades que se deriven de los poderes constituidos.[38]

El reconocimiento de la personalidad de los mandantes y de sus derechos fundamentales. Además, la voluntad popular tiene que definir quiénes pertenecerán o serán miembros de ese Estado; es decir, deberá definir a sus nacionales y a sus ciudadanos. Esto va implícito en el mandato concedido por el pueblo. Sería absurdo que si un estudiante le da a otro un poder amplísimo para constituir la asociación de alumnos a la que nos hemos referido, el mandatario, en el acto de la constitución de la asociación, no reconociera la personalidad jurídica del mandante, o renunciara en su nombre a la calidad de asociado o al ejercicio de los derechos fundamentales de los asociados.

Queda entendido que, cuando se otorga un mandato, el mandatario tiene el deber de reconocer la personalidad jurídica del mandante y proteger sus intereses, y no disponer de los derechos que no le corresponden. Aunque el mandato no exprese nada al respecto, los actos que el mandatario realizara en tales sentidos serían nulos.

Así también, el mandatario constituyente de un Estado debe realizar su labor con estricto respeto a la calidad de personas de quienes le confirieron el poder y, necesariamente, establecer el catálogo de derechos que deberán respetarse para todo individuo en ese Estado, así como las garantías para conseguir el respeto.

Este tema, como es evidente, resulta de importancia fundamental para el tema central de esta obra y, en particular, de este capítulo. El estudio de los derechos humanos, en el contexto del derecho constitucional, es medular. Pero lo que más importa ahora es reafirmar las ideas expuestas. Si dijimos que el mandatario constituyente tiene como función crear y organizar al Estado, pero que recibe el poder del pueblo, integrado por seres humanos, se puede concluir que antes del Estado hay pueblo,[39]

[38] *Ibidem*, p. 13.

[39] Más adelante veremos que antes del derecho constitucional estatal podría haber una serie de reglas sociales de conducta, no plasmadas en un documento jurídico, pero que de cualquier modo existen, y que el mandatario debe tomar en cuenta en su labor de crear el Estado y redactar la Constitución.

y que el mandatario, al aceptar el mandato y ejercerlo, reconoce de manera implícita la capacidad de los mandantes para otorgar el poder legítimamente; por tanto, les reconoce los atributos de personalidad anteriores a la formación del Estado, que son fundamento angular para su edificación. Así, como afirmamos antes, el Estado existe solo en potencia, y lo que hará el mandatario constituyente es actualizarlo. Dicho de otro modo: "El Estado es una sociedad perfecta, constituida de pueblo como materia, y de autoridad como forma".[40] "...La forma de gobierno debe ser proporcionada al pueblo a quien se aplica, a la manera como la forma se ajusta a la materia y el acto a la potencia."[41] Tena nos recuerda una afirmación de Jellinek, que según el propio Tena es un resumen de "lo que es todavía ahora la esencia del constitucionalismo en el mundo occidental": "La ampliación de la competencia del Estado encuentra siempre su límite en el reconocimiento de la personalidad individual."[42]

Los derechos fundamentales de los integrantes de la colectividad deben reconocerse en el acto constitutivo del Estado, pero también, y como veremos en su momento, deberán reconocerse con sus debidas limitaciones. Si bien es cierto que los derechos fundamentales solo pueden entenderse en la medida en que puedan hacerse valer ante el Estado, y en particular ante su gobierno, y que por ningún motivo, si no se quiere hacerlos desaparecer, se puede aceptar que su existencia es solo posterior a la constitución del Estado ni admitir su subordinación a los intereses del mismo, llámense como se llamen, so pena de caer en el fascismo, debemos también apreciar que un atributo esencial de la persona es precisamente su sociabilidad.

Por tanto, y en la medida de ello, se debe reconocer que los derechos humanos no son absolutos (como nada de lo humano) y que deberán tener límites necesarios en su reconocimiento estatal y en su ejercicio por parte de los miembros de la colectividad, en la medida en que el ejercicio del derecho de uno pueda afectar de modo adverso la esfera de los derechos de otro.

Este es, tal vez, uno de los problemas conceptuales más difíciles de resolver respecto de la naturaleza de los derechos del ser humano; es decir, la tensión entre los derechos sociales y los individuales o, dicho de otro modo, entre la justicia conmutativa y la distributiva. Una de las tareas más delicadas del legislador constitucional es, desde luego, reconocer los derechos de quienes más requieren protección por encontrarse en "desventaja social", sin que con ello y por ello se aniquilen los derechos individuales. En la parte final de este capítulo se abordará el tema relativo a la falaz clasificación de los derechos en generaciones, y explicaremos la naturaleza indivisible e integral de

[40] Virgilio Ruiz Rodríguez, *Legislación de derechos humanos a partir de 1945,* Universidad Iberoamericana, México, 1995, p. 15

[41] *Ibidem,* p. 16.

[42] Felipe Tena Ramírez, *op. cit.,* p. 28.

todos los derechos humanos, independientemente de que, para efectos didácticos, a veces distingamos entre los derechos individuales o civiles y políticos y los derechos sociales, o económicos, sociales y culturales.

Las "instrucciones" de los mandantes. Para continuar con nuestra reflexión sobre las limitaciones del mandato concedido por el pueblo al Poder Constituyente, recordemos lo que el *Código Civil para el Distrito Federal* previene en el artículo 2562: "El mandatario, en el desempeño de su encargo, se sujetará a las instrucciones recibidas del mandante y en ningún caso podrá proceder contra disposiciones expresas del mismo."

Por su parte, el artículo 2563 prevé: "En lo no previsto y prescrito expresamente por el mandante, deberá el mandatario consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio. Si no fuere posible la consulta o estuviere el mandatario autorizado para obrar a su arbitrio, hará lo que la prudencia dicte, cuidando del negocio como propio."

Si tomamos como punto de partida las disposiciones anteriores en materia de obligaciones del mandatario respecto del mandante, y si las aplicamos a nuestro tema, podríamos decir que el Poder Constituyente tiene que "seguir las instrucciones del pueblo". Esto puede referirse a diversos conceptos analizados por la doctrina mexicana. Por ejemplo, Tena señala que una de las limitaciones del Poder Constituyente son los llamados *factores reales de poder.* Para ello, Tena cita a diferentes autores a fin de aclarar su alcance:

> los factores reales de poder que rigen en el seno de toda sociedad y que funcionan según la fórmula expresiva de Lasalle: "se toman esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita y, a partir de ese momento, incorporados a un papel *(la Constitución), ya* no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas..." Tener en cuenta los factores reales de poder, que hincan su raíz en la conciencia social, constituye un límite político a la tarea del Constituyente. "Desde el punto de vista político –dice Ranelleti–, esto es, de las exigencias del interés público tal como se siente y se manifiesta en la conciencia popular, y por ello mismo desde el punto de vista de la imposibilidad práctica, la potestad del Estado encuéntrase también condicionada y limitada..."[43]

Finalmente, Tena recuerda conceptos de Herman Heller: "Empleando una expresión feliz, considera que todo derecho vigente es una 'realidad conforme a la regla'; se da entonces la ecuación entre lo previsto en la norma y lo practicado por la vida, lo que significa en otros términos una 'normalidad de la conducta, normada jurídicamente'".

Estas reflexiones nos recuerdan necesariamente la distinción que Villoro hace entre "derecho vigente" y "derecho viviente". Dice: "...'derecho vigente' será para nosotros aquel Derecho Positivo, cuyas normas siguen en vigor, y 'derecho viviente'... el

[43] Felipe Tena Ramírez, *op. cit.*, pp. 29 y 30.

Derecho que es eficaz debido a que es observado socialmente."[44] Pero parece que no es la observancia del derecho vigente por parte de la ciudadanía a la que nos debemos referir ahora, sino más bien a la observancia por parte del Constituyente de los deseos políticos de los que serán gobernados después de constituido el Estado.

Si el Constituyente está atento a los deseos o, por así decirlo, a las instrucciones implícitas de los miembros de la colectividad, entonces elaborará un acta constitutiva que será aceptada por la colectividad y cumplida voluntariamente, volviéndose de inmediato "derecho viviente".

También es pertinente retomar lo que algunos autores denominan *derecho libre* o *derecho social*.[45] Ehrlich afirma que el derecho es una "realidad sociológica que el jurista debe buscar", y donde define la existencia de un "Derecho Social", "vivo o vivido", que vive completamente al margen del Derecho del Estado.[46] No nos interesa, por lo menos en este momento, el concepto de *pluralismo jurídico* que "implica la idea de que, junto con el Derecho estatal, existen otros 'derechos' u otros sistemas jurídicos, los cuales coexisten con aquél, unas veces armónicamente y otras en conflicto, pero que, en cualquier caso, viven 'con independencia del Derecho estatal'",[47] pues estamos analizando el caso de la autoridad que forma al Estado; por tanto, no existe todavía "derecho estatal", pues esta autoridad crea la primera pieza de "derecho estatal" que será la Constitución. Sin embargo, esta doctrina nos interesa en la medida en que pone de relieve la "obligación" que el legislador, en nuestro caso el Constituyente, tiene de "tomar el pulso" a la sociedad y plasmar en las normas los reclamos de la población.

Continuemos con lo que la doctrina del derecho libre tiene que decir al respecto, según nos enseña Fariñas: "todos los autores de esta corriente 'crítica' participan de una idea común, cual es la reivindicación de la *sociologización* del pensamiento jurídico y la consiguiente necesidad de buscar una fundamentación realista y empírica a la ciencia del Derecho."[48] "Por su parte, Kantorowicz, reconociendo también la existencia de unos hechos sociales generadores de Derecho libre, llega, incluso, a atribuir a la nueva ciencia sociológica del Derecho una función 'creadora' de Derecho, puesto que es el jurista el que debe indagar esa realidad socio-jurídica."[49]

[44] Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del derecho*, *op. cit*., p. 29.

[45] Seguiremos las explicaciones de María José Fariñas, en André-Jean Arnaud y María José Fariñas Dulce, *Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico,* colecc. Cursos, núm. 4, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996.

[46] *Op. cit.,* p. 76.

[47] *Ibidem,* pp. 86 y 87.

[48] *Ibidem,* pp. 77 y 78.

[49] *Ibidem*, p. 81.

En nuestro caso, es el Constituyente el que debe "consultar" a sus mandantes, mediante la observación de lo que Gény llama los *datos reales*, en este supuesto, de carácter sociológico:

> Entiendo por datos *reales* o estrictamente *naturales* del Derecho Positivo –escribe Gény– aquellos que consisten en las condiciones de hecho en las que se encuentra colocada la humanidad. Poco importa que se trate de la naturaleza física o moral, por la cual el ser humano se haya como rodeado... o de las condiciones económicas que influencian su actividad, *y hasta las fuerzas políticas o sociales existentes.* Estas realidades, positivas y actuales, *no crean directamente las reglas jurídicas, pero dibujan su contorno y, por lo menos, constituyen su medio necesario.*[50]

Nos parece que, aunque la cita de Gény y las afirmaciones de los defensores de la llamada *corriente crítica del derecho libre* se aproximan, no dejan de tener una diferencia fundamental, que al hacerla notar, nos servirá de vehículo para nuestra siguiente reflexión. Fariñas señala:

> Fuchs –al igual que Ehrlich– fue uno de los autores más radicales en la reivindicación de la sociologización del pensamiento jurídico. Propuso a la sociología del Derecho como la única posible ciencia del derecho, calificándola como una ciencia "empírica", de "observaciones", "experimental", y configurándola, incluso, como una "ciencia natural" de lo jurídico.[51]

Por un lado, en esta cita se considera que la sociología del derecho es la única ciencia posible del derecho; por otro, Gény afirma que los datos reales de carácter sociológico no crean directamente las reglas jurídicas.

Villoro, al hablar de los datos reales, se refiere a las "Ciencias Auxiliares que contribuyen a facilitar al jurista el conocimiento de los datos reales", y entre ellas incluye la sociología como una de las que "en forma especial auxilian al Derecho".[52] Parecería que para Villoro la sociología del derecho no es, como lo propone Fuchs, la "única ciencia jurídica" ni, por tanto, que lo único que deba hacer el legislador para formular las normas jurídicas sea observar lo que está aconteciendo en la sociedad y simplemente plasmarlo en las leyes.

Antes de pasar a la siguiente reflexión debemos indicar, aunque sea preliminarmente, la importancia que tiene el libre tránsito de las ideas para que lo que capte el legislador constitucional sea lo más apegado posible a los verdaderos reclamos sociales. La población debe poder expresarse, y debe existir la posibilidad de escucharla.

[50] Citado por Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.,* pp. 192 y 193.

[51] María José Fariñas, *op. cit.,* p. 81. Nótese el uso de la palabra *natural,* que también aparece en la transcripción de Gény.

[52] Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.,* pp. 192 y 193. Respecto de la función de la sociología del derecho, véase la obra citada de Fariña, en particular las pp. 22 y siguientes.

La "tiranía de las mayorías" contra el "interés de la humanidad". Retomemos los conceptos de Villoro que analizamos. El Constituyente debe, al emprender la tarea de escribir las normas de formación y organización del Estado y declararlas obligatorias, tomar en cuenta los problemas que plantea la realidad histórica y proponer soluciones justas.

Se presenta aquí el grave problema de la controversia potencial entre "el clamor popular" y "la justicia". Ya lo decía Roberto Núñez y Escalante: "Nunca podríamos aceptar como posible la determinación de un pueblo de privarse a sí mismo por su propia voluntad del ejercicio de las libertades que consagran los derechos del hombre."[53]

Si el Constituyente debe "seguir las instrucciones de sus mandantes", según se apuntó, debemos preguntarnos si su obligación persiste aun en el caso de que esas "instrucciones", esos "factores reales de poder" o los "reclamos sociales" sean contrarios a "lo justo objetivo", es decir, al objeto mismo de los derechos subjetivos.

¿Cómo, por un lado, se dice que el Constituyente tiene la obligación de reconocer y plasmar en la ley constitutiva los derechos del ser humano y, por otro, respetar los reclamos sociales, cuando estos podrían oponerse francamente a los primeros?

Tena nos recuerda que "nuestra primera Constitución no pudo menos que recoger ciertos principios impuestos por la época, entre ellos la intolerancia religiosa".[54]

Stuart Mill advirtió los riesgos de la "tiranía de la mayoría":

> Entonces pudo verse que las frases como el gobierno de sí mismo *(selfgovernment) y* el poder de los pueblos sobre ellos mismos *(tire power of the people over themselves)* no expresaban la verdad de las cosas: el pueblo que ejerce el poder no es siempre el pueblo sobre quien se ejerce, y el gobierno de sí mismo de que tanto se habla no es el gobierno de cada uno por sí, sino el de cada uno por todos los demás. Hay más: la voluntad del pueblo significa, en el sentido práctico, la voluntad de la porción más numerosa y más activa del pueblo, la mayoría, o de los que han conseguido hacerse pasar como tal mayoría. Por consiguiente, puede el pueblo tener el deseo de oprimir a una parte del mismo y las precauciones son tan útiles en este caso como en cualquier otro en el que abuse el poder... así es que hoy en la política especulativa se considera –la tiranía de la mayoría– como uno de los males contra los que debe ponerse en guardia la sociedad.[55]

La historia nos da algunos ejemplos terribles en los que, con el apoyo popular, se han cometido los peores atentados contra la dignidad del hombre. Baste recordar (y ojalá que la humanidad nunca pierda la memoria) los crímenes cometidos al amparo del

[53] Roberto Núñez y Escalante, "Régimen jurídico internacional que concedería el máximo valor y la máxima protección a los derechos humanos", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 4, núm. 4, 1980, pp. 75-79.

[54] Felipe Tena Ramírez, *op. cit.*, p. 29.

[55] John Stuart Mill, "De la libertad", en *De la libertad. Del gobierno representativo. La esclavitud femenina,* Tecnos, Madrid, 1965, pp. 43 y 44.

mito de la superioridad de la raza aria, que, con el liderazgo de Hitler, recibió un impresionante apoyo popular, que se convirtió en un verdadero factor real de poder y que los gobernantes, gustosos, procedieron a llevar a cabo con el rigor más inmundo.

La manifestación de la voluntad de la mayoría de la población es la forma en que se ha expresado en la práctica la democracia, pero, como se ve, no deja de tener sus peligros. En ocasiones, la opinión mayoritaria puede caer en un error de consecuencias funestas. Se puede convertir, por así decirlo, en una tiranía verdadera, excluyente y opresora de los que no coincidan con la opinión de la mayoría. Aun en la actualidad encontramos algunos exponentes de la defensa de la "democracia" entendida como el sometimiento de los menos a los más. La "democracia", en este sentido, se vuelve alimento para nutrir a los nostálgicos del autoritarismo.

Supongamos que la conciencia colectiva, expresada por la mayoría de los mexicanos, exigiera la reforma del Estado y, por tanto, la expedición de una nueva Constitución en la que se desconociera el derecho de los pueblos indios a su autodeterminación, además de que se obligara al gobierno a aniquilar a las comunidades que reclamaran ese derecho. ¿Acaso ese "mandato" sería legítimo solo por ser la expresión de la voluntad mayoritaria?

Aplicaremos algunos conceptos del derecho civil en materia de contratos al mandato y al problema planteado; para ello retomaremos el ejemplo inicial.

Ejemplo:

Supongamos que la mayoría de los estudiantes que pretenden formar la asociación de alumnos de nuestro ejemplo desean que se incluya en los estatutos una cláusula en la que se establezca como requisito para ingresar en la asociación no pertenecer a una religión determinada, y que en el poder que otorguen a quienes los vayan a representar en la firma de la escritura ante el notario se incluya esta instrucción. La consecuencia sería, desde luego, la nulidad del mandato, por contener una instrucción para realizar un acto ilícito, es decir, contrario a las normas de orden público y a las buenas costumbres. En este sentido, el concepto de *orden público* se entiende como sinónimo de *interés público*. Hay determinados asuntos que nos interesan a todos y que no pueden dejarse pasar con el pretexto de que se trata, en este caso, de una asociación privada, y que los demás no debemos interferir en sus asuntos privados; sin embargo, nos interesa que no haya discriminación, incluso en las asociaciones privadas. Entonces, una cláusula de ese tipo en los estatutos de la asociación de estudiantes se podría declarar nula, por ser contraria al interés público.

Algo similar se aplica a la formación del Estado. Si la mayoría de la población deseara incluir en la Constitución una cláusula que permitiera el genocidio, esto no podría cumplirlo el mandatario constituyente, simple y sencillamente porque el genocidio es un crimen contrario a los intereses de la humanidad.[56] No es posible, entonces, escudarse en el concepto de *soberanía popular* y en el principio de no intervención en asuntos internos para legalizar crímenes.

Antes de referirnos a algunos conceptos de derecho internacional público que aclaran el asunto anterior, revisemos las reflexiones filosóficas que pueden ayudarnos a dilucidar el problema. Acudamos a las explicaciones de Virgilio Ruiz.

El autor primero afirma que "el criterio esencial de la democracia es dar la máxima importancia y reflejar objetivamente la voluntad del pueblo... En consecuencia, podemos decir que el Estado democrático es aquél en el que las decisiones básicas del gobierno (en nuestro caso del mandatario constituyente) se fundan en el consentimiento libremente otorgado de los gobernados".[57]

Pero más adelante el profesor aclara algunos conceptos relacionados con el problema que hemos planteado, es decir, el que puede presentarse cuando el mandato popular es contrario a los derechos fundamentales de algunos. Así, este autor señala que no es posible hablar de democracia sin libertad y que, por lo mismo, la voluntad del pueblo no puede llamarse *democrática* (es decir, que tenga "autoridad") si apunta hacia el aniquilamiento de la libertad.[58]

A continuación, Virgilio Ruiz, siguiendo a Struzo, habla de los "límites de la democracia"; nosotros diríamos los "límites del mandato constituyente". Nos interesan, para aproximarnos a una posible solución al problema planteado, los límites éticos: "una ley inmoral, no importa su procedencia, no tiene valor de ley ni obliga en consecuencia a los que están convencidos de su inmoralidad". En nuestro caso, si el mandato fuera inmoral, el mandatario no estaría obligado, con este principio, a ejercerlo. Sin embargo, Ruiz reconoce la vulnerabilidad de estos argumentos: "El límite expresado en las leyes morales naturales no ha parecido plenamente aceptado, por ejemplo, en el terreno positivo, donde la voluntad popular no admite otros límites que no sea ella misma."[59]

[56] Existe, pues, como dice José Juste Ruiz, citando a Jenks, un derecho común de la humanidad. José Juste Ruiz, "Las obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional público", en *Estudios de derecho internacional: homenaje al profesor Miaja de la Muela,* vol. I, Tecnos, Madrid, 1979, p. 227; véase la nota de pie de página núm. 30.

[57] Virgilio Ruiz Rodríguez, *op. cit.,* p. 17.

[58] *Ibidem,* pp. 19 y 20.

[59] *Ibidem,* p. 21.

En efecto, ¿quién convence a la masa enardecida? O lo que es peor, ¿qué se hace cuando el mandatario está convencido de la bondad del mandato inmoral? Así, enfrentamos el problema epistemológico básico: ¿quién define lo que es objetivamente moral o inmoral?; ¿cuál es el último criterio de verdad?; ¿acaso *verdad* en un sentido político significa la *opinión de la mayoría*?

Villoro, en sus reflexiones acerca de la valoración jurídica, señala los riesgos que se derivan de un legislador que solo toma en cuenta los clamores populares. El legislador no debe ser un simple observador de lo que sucede en la sociedad ni seguir a ciegas los aparentes deseos de esta, con frecuencia cargados de idealismo y de un fuerte contenido afectivo, sino que debe hacer una valoración concienzuda y serena para lograr que las normas que conformen el sistema jurídico sean verdaderas soluciones *justas a* los problemas que plantea la realidad histórica.[60] Sin embargo, a pesar de sus explicaciones, no desaparece nuestra preocupación, en el sentido de que siempre existe el riesgo de que se den leyes injustas para unos cuantos, pero consideradas justas por la mayoría, y debido a que esta las respalda son impuestas sobre la minoría.

Cabe aclarar que la preocupación planteada puede hacer caer en la tentación de asumir que "la mayoría" es no solo sentimental y por tanto no racional, sino, como con frecuencia escuchamos en los ambientes de los "ilustrados" de nuestro país, que "la mayoría" ni siquiera debería poder votar, pues está compuesta por analfabetas, incultos y demás apelativos pronunciados por los melancólicos de la oligarquía, por no decir de la aristocracia. Sin duda, es preferible seguir el sentido común de "los incultos" que caer en un sistema que, con el disfraz de la democracia representativa, excluye a los que son más. Las decisiones quedan, entonces, en manos de unos pocos que se dicen "representantes", pero que no se molestan en acercar el oído a la voz de los que consideran incapaces de hablar. Por eso, como mencionamos antes, para poder hablar de la manifestación de la soberanía popular es indispensable un ambiente de verdadera libertad de expresión y de derecho a la información.

El problema, directamente relacionado con la libertad de conciencia y con la objeción de conciencia, tanto individual como colectiva, se presenta cuando, a la luz de los principios de la moral, la conciencia colectiva es errónea, o lo que resulta aún peor, que los que detentan (es decir, que poseen como mandatarios, pero no como titulares originarios) la soberanía, sin escuchar la opinión mayoritaria, asumen una posición contraria a los principios de respeto a la dignidad del ser humano. Por ende, parecería que aunque la filosofía ayuda a comprender el problema, no es capaz de detenerlo en caso de que llegara a presentarse.

[60] Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, pp. 201 y siguientes.

Intentemos buscar una posible respuesta desde el ángulo de lo que Tena llama los *límites impuestos* al Poder Constituyente por el derecho internacional.[61]

En el acto constitutivo del Estado se tendrá que definir el territorio nacional, y esto no podrá hacerlo el mandatario constituyente de manera caprichosa, sin respeto a los territorios nacionales de otros Estados. Tiene, en este aspecto, una limitación natural, que será el respeto de los derechos de los demás Estados. Por muy potente que sea el clamor de la población que quiere formarse como Estado, en el sentido de querer ocupar el territorio que legítimamente corresponde a otro Estado, aquel clamor debe ser ignorado. La historia otra vez nos da muestras de que el deseo expansionista territorial ha desencadenado las más sangrientas guerras, algunas prevalecientes hasta nuestros días.

Como este, existe una serie de principios que el derecho internacional atiende, con el fin de evitar que se presenten actos que, soportados por una supuesta soberanía nacional, puedan afectar de modo adverso los intereses y derechos legítimos de otros Estados. Pero, aún más, el derecho internacional se ocupa de asuntos que, hace apenas unas décadas, se consideraban asuntos exclusivamente internos. Todavía en nuestro país, como en muchos otros tanto "poderosos" como "débiles", quedan reminiscencias perniciosas de una mal entendida soberanía nacional, utilizada como pretexto para no admitir principios que son del interés de la humanidad, en particular, los derechos fundamentales del hombre.[62]

Sigamos las explicaciones de Tena, quien a su vez se apoya en la opinión autorizada de otros autores:

> El dogma de la soberanía del Estado conduce a la separación entre el derecho internacional y el derecho interno, ya que aquél no conoce ni regula sino las relaciones entre los Estados, sin que pueda intervenir en las de cada Estado con sus súbditos, materia esta última reservada al derecho interno... Pronto, sin embargo, la opinión pública y la doctrina empezaron a reaccionar contra un concepto tan absoluto del derecho de los Estados. Distinguidos juristas adelantaron la tesis de que el derecho internacional se preocupaba de las relaciones de los Estados entre sí, y descuidaba la protección, dentro de los Estados, del titular último y realmente único de todo derecho, como es el hombre.[63]

Y abunda:

> lo ocurrido dentro de cada Estado no es ya cosa ajena para los demás Estados, sino que la solidaridad internacional compromete a cada uno con respecto a los demás, obliga a quebrantar las murallas de la

[61] Felipe Tena Ramírez, *op. cit.,* pp. 30 y siguientes.

[62] Para conocer las diferentes posturas ideológicas generadoras de distintas políticas internacionales respecto de la protección de los derechos humanos, la soberanía nacional y la no intervención, véase Richard Falk, *Human Rights and State Sovereignty,* Holmes and Meier Publishers, 2a. reimp., Nueva York, 1984, capítulos III, IV y V.

[63] Felipe Tena Ramírez, *op. cit.,* pp. 32 y 33.

> antigua y hermética soberanía y permite que se conviertan en temas de derecho internacional algunos de los que anteriormente pertenecían al ámbito exclusivo del derecho interno... De lo que se trata ahora es de crear y organizar la conciencia mundial de la dignidad de la persona, con todas sus consecuencias, a fin de que, a través de los pactos internacionales, se derrame en la actuación del Estado. Dentro de la estructura constitucional de cada país, y con el mayor respeto para las ideas de nación y de patria, se procura convenir en patrimonio jurídico de todos los pueblos lo que previamente tiene que ser patrimonio común de moral y de cultura... Nos hallamos en presencia, por lo tanto, de una revisión crítica del concepto de soberanía, que en el fondo no significa otra cosa que un nuevo intento de la Humanidad para rescatar de la órbita del poder público la dignidad y la paz de la persona.[64]

Conceptos como los anteriores son los que nosotros, con Jenks, llamamos *asuntos del interés de la humanidad*, que no pueden ser atropellados por un Estado, a pesar de que así lo deseara la mayor parte de los integrantes de su población. No obstante las resistencias ejercidas por diversos sectores de la comunidad internacional y las posturas opuestas entre el "universalismo" y el "relativismo",[65] como dice Falk,

> la conciencia moderna de interdependencia global hace virtualmente imposible la búsqueda de metas humanizantes para la sociedad propia mientras se ignoran los sufrimientos extremos de otras. Por el bien de nuestra propia autoestima y dignidad, la preocupación por los derechos humanos es un elemento del reconocimiento de la unidad de la raza humana. Este sentimiento de unidad se está formando, lenta e indistintamente, en parte como un subproducto de la era espacial, que nos ha permitido ver al planeta como un todo.[66]

Los principios universales aludidos son, por así decirlo, normas de orden público internacional, es decir, según el artículo 53 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, al definir el concepto de *jus cogens* internacional:

> Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Respecto de la tendencia orientada a revisar la definición de *soberanía*, en el ámbito internacional, Pastor nos explica que, en materia de derechos humanos –y en particular respecto de la interpretación que se ha hecho de las estipulaciones del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*– se ha dado un cambio hacia una interpretación extensiva, en favor

[64] *Ibidem,* pp. 34-39.

[65] Véase Jack Donnelly, *Derechos humanos universales en teoría y en la práctica,* 2a. ed., parte III, Gernika, México, 1998, pp. 163 y siguientes.

[66] Richard Falk, *op. cit.,* p. 156. La traducción es nuestra.

de los derechos del individuo y, por tanto, restrictiva del concepto de *soberanía*, lo que implica un alejamiento de la

> jurisprudencia reiterada del Tribunal Permanente de justicia [en el sentido de que] "en caso de duda, una limitación de soberanía debe ser interpretada restrictivamente"... Podemos afirmar... que dentro de la Convención europea de los derechos del ser humano existen inequívocas manifestaciones del *ius cogens* internacional. La más importante de ellas es la manera como la Comisión y el Tribunal la han interpretado: de manera favorable a los derechos del hombre y contraria a la soberanía del Estado, en otras palabras, con sentido extensivo y no restrictivo de aquellos derechos.[67]

El mandato concedido por el pueblo al Constituyente, entonces, debe considerarse limitado por las normas de orden público y las buenas costumbres de la humanidad. En este sentido, Roberto Núñez y Escalante afirmó: "La humanidad requiere que los derechos fundamentales del hombre, no puedan subordinarse a la autoridad de carácter nacional... los derechos humanos tienen jerarquía de universalidad, y por tanto su reconocimiento y afirmación constituyen la única base sólida del bien común internacional fundado en el imperio del Derecho."[68]

Desde luego, no deja de quedar en el ambiente la sospecha sobre quien dicta la determinación de cuándo una norma es "reconocida y aceptada por la comunidad internacional de Estados en su conjunto" y su modificación por "una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter" como norma de orden público internacional, y los intereses que pueden estar detrás de esa determinación.

No obstante esta tendencia orientada a la decadencia del viejo concepto de *soberanía nacional*, cabe reconocer, como bien lo indica Falk, que:

> Casi cualquier Estado es celoso de sus derechos soberanos *y* pone un alto precio a la protección de su política contra varias formas de intromisión... Aun los países más poderosos son extremadamente sensibles acerca de presiones externas que pudieran ser calificadas como "intervencionistas". La santidad de la soberanía estatal es una de las más insistentes demandas de Estados fuertes como débiles. Al mismo tiempo, la realidad del aparato intervencionista se asocia con las imposiciones de los fuertes sobre los débiles.[69]

Necesariamente regresaremos a este tema cuando nos refiramos a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

[67] José Antonio Pastor Ridruejo, "La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el *ius cogens* internacional", en *Estudios de derecho internacional: homenaje al profesor Miaja de la Muela*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 581-590.

[68] *Ibidem*, p. 75.

[69] Richard Falk, *op. cit.*, p. 153.

La Constitución es "ley"

La Constitución es, entonces, la ley en la que quedan plasmadas las normas que dan forma al Estado, por ende, también se llama *Ley Fundamental, Código Supremo* o *Estatuto Constitutivo.* La Constitución es "ley", tanto desde el punto de vista formal como material.

Recordemos que los actos de autoridad (en este caso, la autoridad es el Poder Constituyente) pueden analizarse desde dos ángulos: el formal, que atiende a la autoridad que emite el acto (responde a la pregunta: ¿quién emite el acto de autoridad?), y el material, que se interesa por la naturaleza o esencia del acto de autoridad (responde a la pregunta: ¿qué es el acto de autoridad en estudio?)

Desde este punto de vista, la Constitución es un acto de autoridad formal y materialmente legislativo. Por un lado, la autoridad que la expide es un Poder Legislativo fundador, cuya única función es legislativa (a diferencia del Poder Legislativo constituido, que tiene funciones administrativas y judiciales, además de las legislativas) y, por otro, las normas contenidas en la Constitución son de carácter general y abstracto, que es lo que hace que una ley sea lo que es, a diferencia de los actos de naturaleza administrativa, que son de carácter individual y concreto, o los de naturaleza jurisdiccional que, aunque poseen un carácter singular y concreto, se derivan de la actividad jurisdiccional, que es la administración de justicia, la solución de controversias.[70]

Lo constitucional. Se dice que las normas plasmadas en la Carta Magna son "constitucionales". Aunque el vocablo *constitucional* puede usarse en diversos sentidos, uno de ellos es precisamente el aludido: es constitucional lo que se contiene en la Constitución. Así se habla, por ejemplo, de los *derechos constitucionales* (derechos subjetivos) o de *derecho constitucional* (como conjunto de normas contenidas en la Constitución). El término *constitucional* también puede usarse en otro sentido: es aquello que está de acuerdo, no contradice o contraviene las normas contenidas en la Constitución. Lo contrario sería lo "inconstitucional" o "anticonstitucional".

Las "partes" de la Constitución. El conjunto de normas plasmadas en la Constitución, para efectos de estudio, se divide en dos partes: la orgánica y la dogmática. La parte orgánica contiene las normas orientadas a *organizar* el Estado, es decir, a la estructuración de los poderes constituidos y su funcionamiento, así corno a la regulación de las relaciones entre los poderes constituidos. Las normas que conforman la parte orgánica deben establecer las órbitas de competencia de cada órgano de gobierno que se haya constituido, con el fin de que se logre el principio de seguridad jurídica para los gobernados, que consiste en vivir bajo un régimen constitucional que

[70] Felipe Tena Ramírez, *op. cit.*, pp. 291 y siguientes.

determine facultades expresas para los gobernantes, de manera que rija el principio que estriba en que para la autoridad todo lo que no está expresamente permitido le está prohibido, y para el particular todo lo que no le esté prohibido le está permitido.

La parte llamada *dogmática*, que es la que nos interesa para los fines de este trabajo, contiene las normas de reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas. Se dice que la parte dogmática de nuestra Constitución está compuesta por el primer capítulo, titulado "De los derechos humanos y sus garantías", que consta de 29 artículos. Como se sabe, no todos los derechos humanos están en el Capítulo Primero, ni todas las normas contenidas en los primeros 29 artículos son disposiciones que se refieran a la protección de derechos humanos. Retomaremos este tema más adelante.

El derecho constitucional de los derechos humanos como rama del derecho público

En los cursos introductorios al estudio del derecho se enseña que al árbol del derecho normativo se le divide en ramas; las dos principales son derecho privado y derecho público. Su diferencia es que el primero está compuesto por normas que regulan las relaciones entre particulares (o entre particulares y Estado, pero cuando este no actúa en su calidad de Estado, sino de particular).

El segundo está compuesto por normas que regulan las relaciones entre particulares y Estado, cuando este actúa en su calidad de Estado, o entre dos o más entes del Estado.

Con base en esto es fácil concluir que el derecho constitucional es la rama primigenia del derecho público, ya que su función es formar el Estado y, por ende, determinar la forma de gobierno, la organización de los poderes constituidos, las relaciones entre estos y, de manera esencial, reconocer los derechos humanos, así como otorgar las garantías para su protección, ellas mismas como derechos subjetivos públicos, es decir, como derechos que los sujetos pueden hacer valer frente al Estado, en su calidad de Estado.[71] Por esta razón, cuando se habla de violaciones de derechos humanos, en sentido estricto, salvo raras excepciones, que se explicarán más adelante, solo se refiere a actos de autoridad que vulneren los derechos humanos reconocidos por el orden jurídico, y no a actos de particulares.

Sabemos que los derechos humanos son las facultades que toda persona tiene en razón de sus atributos esenciales, es decir, de aquellos atributos que la hacen ser lo

[71] Véase Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, pp. 217 y siguientes.

que es, una persona humana y no otra cosa. A partir de este concepto se entiende por *eficacia de los derechos humanos* el goce y ejercicio de estos derechos por sus titulares, y por *violación a* los mismos, en un sentido amplio, la obstrucción, restricción o eliminación de la posibilidad de gozar y ejercer esos derechos, provocada por cualquiera. Sin embargo, en sentido estricto, y debemos decir, en rigor jurídico, salvo raras excepciones, la violación de los derechos humanos solamente la comete la autoridad pública y no los particulares.

Ejemplo:

Si un particular atenta contra la integridad corporal de otro particular, habrá cometido el delito de lesiones, pero si un funcionario público hace lo mismo, habrá cometido el delito de tortura. Lo primero es un delito, lo segundo, además de ser un delito, es una violación a los derechos humanos.

Nuestra Constitución es clara al establecer que el juicio de amparo, que es la garantía jurisdiccional por excelencia en contra de violaciones de derechos humanos, procede contra actos de autoridad y a instancia de la parte agraviada.[72] Lo mismo indica el artículo 102-B, al señalar que los organismos de protección de los derechos humanos amparados por el orden jurídico conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público.

En sentido estricto, los delincuentes comunes no son violadores de los derechos humanos. Solo las autoridades, los servidores públicos, cometen violaciones de los derechos humanos por medio de sus actos u omisiones.

Esta es una distinción importante, que no solo es jurídicamente exacta, sino que es conveniente. La conveniencia de esta distinción estriba en el hecho de que con ella se responsabiliza al poder estatal del respeto de los derechos humanos. Esto es congruente con los instrumentos internacionales de derechos humanos, en los cuales se establece que la responsabilidad primaria de proteger los derechos humanos de los habitantes de determinado país corresponde al Estado y, por tanto, el derecho internacional es subsidiario del derecho local.

[72] La nueva Ley de Amparo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, incluyó el amparo contra actos de particulares. Así, en su artículo 1º, último párrafo, señala: "El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley." Sin embargo, esto es así porque, en los términos del artículo 5º, fracción II, último párrafo, "[p]ara los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen **actos equivalentes a los de autoridad**, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general" (las negritas son nuestras).

Un claro ejemplo de lo anterior son los contenidos de los artículos 2 y 3 de la *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*. El artículo 2 define la desaparición forzada, y establece que su diferencia específica, respecto de la comisión de la misma conducta, es que la cometen agentes del Estado o particulares que actúan con la aquiescencia del Estado. El artículo 3 establece que el Estado tiene la responsabilidad de perseguir los actos que, aunque coincidan con la definición de la conducta de desaparición forzada, sean cometidos por particulares sin participación de agentes del Estado.

Afirmar que los particulares son violadores de derechos humanos es confundir los términos y diluir la grave responsabilidad estatal de crear un ambiente que los asegure. El poder estatal no debe responsabilizar a los particulares de la terrible situación que guarda el derecho a la seguridad de los ciudadanos.

Es importante destacar que los derechos humanos no solamente se violan por los actos que comete la autoridad, sino también por sus omisiones.

De acuerdo con el artículo 102-B constitucional, esto no deja lugar a dudas. Lo mismo sucede con los tratados internacionales, que establecen la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias para hacer efectivos los derechos y las libertades. La impunidad, por ejemplo, constituye una violación de los derechos humanos, según estos instrumentos,[73] específicamente cuando los delincuentes realizan funciones oficiales. En este sentido, el artículo 21 constitucional previene que la ley establecerá los recursos en contra de las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal. Es decir, la omisión por parte del Ministerio Público de ejercer la acción penal, y diríamos que

[73] La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue clara en este sentido al establecer: "La segunda obligación de los Estados Partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción... Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención." [Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 166.] "Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente" [*Ibidem,* párr. 173.] "El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación" [*Ibidem,* párr. 174.] "Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se establezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción" [*Ibidem,* párr. 176.] Sobre la averiguación, dice: "debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad" [*Ibidem,* párr. 177.] *Garay Hermosilla et al. v. Chile,* Caso 10.843. Informe núm. 36/96, Inter-Am. C. H. R., OEA/Ser. L/ V/II.95, doc. 7 rev. en 156 (1997), párrafo 73.

esto alcanza también la omisión o deficiencia en la conducción de las averiguaciones, es una violación a los derechos de las víctimas de los delitos cometidos.

Con base en los conceptos anteriores proponemos la siguiente definición de derecho constitucional: es la rama del derecho público que consiste en un sistema racional de normas de conducta, contenidas en una ley llamada *Constitución*, declaradas obligatorias por un Poder Legislativo integrado expresamente para tal fin, llamado *Poder Constituyente*, que lo hace bajo el mandato del titular de la soberanía, que tienen como propósito la organización adecuada del Estado, que establecen la forma y el sistema de gobierno, así como la creación y determinación de las atribuciones de competencia de los órganos de gobierno, en atención a los justos reclamos sociales y con pleno respeto y reconocimiento a los derechos humanos de los integrantes de la sociedad.

¿Garantías o derechos constitucionales?

En el apartado anterior nos referimos al concepto *derechos constitucionales y las garantías para su protección*, que es el tema central de este capítulo.

Para comprender este concepto reconozcamos que el nombre más utilizado para aludir a los derechos humanos, desafortunadamente, era *garantías individuales*, que es el que utilizaba la Constitución mexicana hasta antes de la reforma constitucional del 11 de junio de 2011. Analicemos este concepto para determinar si, a pesar del arraigo del término en la tradición jurídica mexicana, es el correcto para denominar lo que verdaderamente son, o si, por lo contrario, el nombre que se les ha dado no corresponde a su naturaleza.

Es decir, no obstante el cambio al artículo del Capítulo Primero de la Constitución, y a las modificaciones sufridas por el propio artículo 1º, juristas y periodistas siguen refiriéndose con demasiada frecuencia a los derechos humanos con el término de *garantías individuales*.

El propósito de este apartado es analizar esta cuestión, con el fin de dejar sentadas las bases terminológicas. No se trata simplemente de distinguir palabras, sino conceptos. Llamar a las cosas por su nombre es algo bueno, pero llamarlas con un nombre que no corresponde a su naturaleza distorsiona la idea del objeto que se pretende analizar o al que nos queremos referir, con consecuencias, incluso prácticas, en cuanto a su defensa y promoción.

La garantía

Desde el punto de vista semántico, *garantía* significa "efecto de afianzar", "fianza o prenda", "cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad" o "compromiso temporal del fabricante o vendedor", por el que se obliga a reparar gratuitamente la cosa vendida en caso de avería. *Garantizar* quiere decir "dar garantia",[74] es decir, asegurar o proteger.

Los conceptos anteriores nos conducen, naturalmente, a su revisión desde un ángulo jurídico y, como lo hace Bazdresch,[75] parece útil acudir a las definiciones del derecho privado, para comprender mejor este concepto desde el punto de vista constitucional.

La garantía en el derecho privado

En derecho civil el problema de las garantías se trata desde dos puntos de vista. El primero se refiere a las responsabilidades que asume un contratante, aunque no lo diga expresamente. Son garantías implícitas, por ejemplo, la garantía que por vicios ocultos[76] o para el caso de evicción[77] asume un enajenante en favor del adquirente de una cosa. El segundo se refiere a garantías que constituyen contratos en sí mismos; son verdaderos contratos, es decir, acuerdos de voluntades que crean obligaciones. Entre las clasificaciones de los contratos que la doctrina reconoce, los contratos de garantía se oponen a los contratos "principales", y por eso a los contratos de garantía se les llama también *contratos accesorios*.[78] Sabemos que, en el argot de la teoría de las obligaciones, lo accesorio es lo que sigue a la suerte y, por tanto, depende de lo principal; por ende, se entiende que cuando se habla de garantía se asume la existencia de algo más, que es lo "principal", lo que se asegura o garantiza.

Ejemplo:

En la garantía implícita que acepta el vendedor ante el comprador de responder en casos de evicción, mediante la prestación del saneamiento, o de vicios ocultos, se asume que para que estas garantías se den es necesario que exista el objeto sobre el cual recaerá la garantía, es decir, la cosa que se enajena y, desde luego, que exista el acto o hecho jurídico que tenga como efecto la traslación del dominio.

[74] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española,* 21a. ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1992.

[75] *Cfr.* Luis Bazdresch, *Las garantías constitucionales. Curso introductorio*, Trillas, México, 1983.

[76] *Código Civil para el Distrito Federal*, artículos 2142 y siguientes.

[77] *Ibidem*, artículos 2119 y siguientes.

[78] Véase Ramón Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 86.

Los contratos de garantía se dividen en dos tipos: los de garantía real y personal.[79]

Las garantías reales son las que recaen en una cosa (*res*); es el caso de la prenda o de la hipoteca.[80] El supuesto de la prenda es muy ilustrativo, pues la palabra *prenda* puede utilizarse para denotar la *cosa* misma que se da en garantía y que sirve para asegurar o proteger contra el incumplimiento de la obligación principal, o el *contrato* que se celebra con objeto de asegurar el cumplimiento de la obligación principal.

Las garantías personales son las que asume una persona distinta de las partes de la obligación principal. El caso típico es la fianza,[81] en la que un tercero ajeno a la relación principal, llamado *fiador*, asume subsidiariamente ante el acreedor la responsabilidad de cumplir con la obligación asumida a su vez por el deudor principal, en caso de que este no lo haga, y después de que el acreedor haya ejercido acción contra él y haya hecho excusión de sus bienes. Estos son los beneficios de orden y excusión de que goza el fiador,[82] pero que, por tratarse de derechos de orden privado, son renunciables. Si el fiador renunciara a ellos, más que en deudor subsidiario se convertiría en solidario, como lo sería el avalista de un título de crédito. Los conceptos de *subsidiariedad* y *solidaridad* son de importancia primordial en el tema de los derechos fundamentales, y los conceptos del derecho privado son sumamente esclarecedores para lograr una mejor comprensión.

Con esto podemos concretar algunas definiciones básicas del tema tratado desde la perspectiva del derecho privado para, después, y con efectos meramente didácticos, intentar aplicarla al terreno del derecho público.

Tenemos en estos conceptos a un titular de un derecho, llamado *acreedor*, a un obligado a cumplir con la obligación correlativa al derecho del que el acreedor es titular y, en el caso de las garantías implícitas, la obligación del deudor de responder por la calidad del título o de las características de la cosa enajenada; en el supuesto de las garantías otorgadas por un tercero, como la fianza o el aval, la obligación del fiador o avalista de pagar por cuenta del deudor principal.

Desde luego, por tratarse de garantías, estas son accesorias del derecho respectivo, y por regla general la garantía solamente es exigible si el derecho garantizado lo es; aún más, la garantía solo existe en la medida en que el derecho garantizado exista,[83] por

[79] *Idem.*

[80] *Código Civil para el Distrito Federal*, Títulos Decimocuarto y Decimoquinto.

[81] *Ibidem*, Título Decimotercero.

[82] *Ibidem*, Artículos 2814 y 2815.

[83] Como excepción a esta regla, el artículo 114 de la *Ley de Títulos y Operaciones de Crédito* dispone: "El avalista queda obligado solidariamente con aquél cuya firma ha garantizado, y su obligación es válida, aun cuando la obligación garantizada sea nula por cualquier causa."

tanto, la garantía se agota en el momento en que el derecho garantizado se satisface o se termina por otra causa, como la prescripción. Resulta obvio, pero no por ello debemos dejar que pase por alto, que lo contrario no sucede. El derecho protegido no depende de la existencia de la garantía, que puede darse por terminada en cualquier momento sin que por eso se agote el derecho protegido, lo que no es posible en el caso inverso. Esto resulta de importancia vital si se analiza este concepto a la luz del derecho público.

La garantía solo existe en la medida en que haya un derecho anterior que pueda garantizarse. Resulta inconcebible, y por tanto imposible jurídicamente, la existencia de una garantía que no dependa de un derecho anterior.

La garantía en el derecho público

Si ahora aplicamos estos conceptos al terreno del derecho público tenemos que las garantías serían responsabilidades que se asumen para asegurar el respeto de derechos anteriores a las garantías. Si, como dijimos, lo que caracteriza al derecho público es que regula relaciones entre particulares y Estado en su calidad de Estado y en sentido formal, tendríamos que estas garantías de derecho público protegen derechos derivados de relaciones jurídicas en las que los particulares y el Estado son las partes, ya sea en calidad de deudores o acreedores, como se verá más adelante. Además, encontraremos que la garantía del derecho público, como la del privado, dependerá de la existencia de los derechos mencionados, pues de lo contrario no podría existir.

Manifestamos que las garantías constitucionales se denominaban, en el anterior título primero de la Constitución, *garantías individuales*. Este concepto nos ilustra acerca de la naturaleza de los derechos que anteceden a las garantías mencionadas, ya que la palabra *individual* significa "perteneciente al individuo", e *individuo* es sinónimo de *persona*. Por ende, desde el punto de vista semántico, las garantías individuales son las que les pertenecen a las personas. Si estas garantías del derecho público les pertenecen a las personas, es decir, si las personas son las titulares de las garantías, lo serán también de los derechos garantizados. Así, si las garantías del derecho público se derivan de las relaciones entre Estado y particulares, entonces, en definitiva, tendríamos que los titulares de las garantías son los particulares, quienes podrán hacerlas valer ante el Estado, que, en este caso, será el "garante" de los derechos de los particulares.

Si hacemos analogía con los conceptos de derecho privado, cabe preguntarnos a qué tipo de garantía se parecería más una garantía constitucional respecto de las que comentamos, haciendo algunas especificaciones derivadas de las reflexiones anteriores.

Si nos referimos a las garantías implícitas, como las derivadas de un acto traslativo de dominio, es decir, las garantías para los casos de evicción o de vicios ocultos,

tendríamos que, analógicamente, el Estado sería el "enajenante de una cosa", y con este carácter le aseguraría al individuo que el título que adquiere será legítimo, y que la cosa servirá para lo que le es propio, de acuerdo con su naturaleza.

El derecho a recibir un buen título y a que la cosa posea las características que la hagan servir para lo que se supone que debe servir conforme a su naturaleza van adheridos al derecho adquirido por el nuevo titular de la cosa. No es que vayan adheridos a "la cosa", pues la cosa enajenada no es sujeto y, por tanto, no puede decirse que los derechos mencionados le sean inherentes a la cosa, sino que serán de la titularidad del sujeto, en virtud del título que adquiere y solo en la medida en que lo adquiera. Así, el enajenante le transfiere al adquirente, junto con el título de propiedad, las garantías para los casos de evicción y vicios ocultos o, dicho de otro modo, el enajenante le asegura al adquirente que recibe un buen título, y que la cosa funcionará bien; además, se compromete a indemnizarlo en caso de incumplimiento.

Así, el enajenante transfiere al adquirente el título y concomitantemente otorga, de manera implícita, la garantía. En materia de derechos subjetivos públicos: ¿es el Estado el que "transfiere" a los particulares los derechos que al mismo tiempo "garantiza", en el momento de la formación del Estado?

Parecería que esto no es así, pues una de las obligaciones tácitas del mandato constituyente es reconocer los atributos de la personalidad de los mandantes, incluidos sus derechos que, como los sujetos, son anteriores a la formación del Estado. No se trata de una garantía que otorga el obligado en virtud del derecho que él mismo concede, sino que el derecho ya existe.

Cabe preguntar a continuación si se trata de una garantía que otorga un tercero "ajeno" a la creación del derecho garantizado, como en el caso de la fianza o del aval, por ejemplo. El fiador o avalista, al otorgar la garantía, implícitamente reconoce, o por lo menos presume, la existencia previa y legitimidad del derecho del acreedor que está dispuesto a garantizar.

Hasta aquí parece que se supera el problema que se presenta en cuanto a las garantías otorgadas por quien concede el derecho principal, y en este sentido parece que la garantía mencionada es a la que más se asemeja la que asume el Estado en el momento de su fundación. Sin embargo, no deja de asomarse alguna dificultad en esta comparación. Si el Estado es el fiador, ¿quién es el fiado? ¿Quién es el obligado principal?

Si las garantías de carácter público son las que pueden hacerse valer frente o contra el Estado en sentido formal, entonces nos enfrentamos al problema de que el Estado, en esta analogía, sería el obligado principal y el fiador al mismo tiempo, lo que no es posible a la luz de los principios de la fianza. Solo que conceptuáramos los derechos

humanos como las prerrogativas que tienen las personas frente a las demás personas (es decir, el elemento material del Estado), podríamos concebir las garantías otorgadas por el elemento formal del Estado como garante. Es decir, el Estado, como gobierno, a través del derecho constitucional, le asegura a la colectividad que todos los integrantes cumplirán con las obligaciones correlativas de los derechos que les corresponden a los demás miembros de la colectividad. Así, los sujetos activos y pasivos de la relación principal serían los propios integrantes de la colectividad en forma recíproca, mientras que el Estado actúa como garante. Pero no parece ser este el significado de las garantías constitucionales como las conocemos. Esto, más bien, sería la función que le corresponde al derecho penal y a la institución del Ministerio Público, como vigilante y protector de los intereses de la sociedad y como aparato de procuración de justicia, o a los tribunales encargados de dirimir los conflictos que se presentan entre particulares, con objeto de mantener la paz social y lograr el bien común, función que, desde luego, corresponde al Estado, en sentido formal.

Pero estas funciones no son a las que se refieren las garantías individuales expresadas en la Constitución. Las garantías para la protección de los derechos humanos están plasmadas en la Carta Magna para asegurar a los individuos que los aparatos estatales, y no los demás individuos, no vulnerarán los derechos de las personas. Entonces, la garantía constitucional no es una fianza, pues sería el mismo Estado el que garantizara su propio cumplimiento, y eso desnaturaliza a la fianza.

Si corresponde al Estado cumplir con la garantía en caso de que él mismo incumpla con su obligación de respetar el derecho humano, las garantías constitucionales no serían propiamente garantías, sino simples obligaciones del Estado frente a los particulares de que sus derechos serán respetados por el Estado, y la garantía sería el mecanismo establecido para hacer valer el derecho violado o, lo que es lo mismo, exigir el cumplimiento de la obligación incumplida, o de no ser esto posible, el resarcimiento por el daño causado.[84]

Por eso, con razón se puede decir que la verdadera garantía constitucional es el juicio de amparo, y no la simple consagración o reconocimiento jurídico del derecho.[85]

En este mismo sentido, en la opinión prestigiada de Peces Barba, "las garantías de los derechos pueden describirse como un conjunto coherente de mecanismos de

[84] Ferrajoli distingue entre garantías primarias y garantías secundarias. Las primeras son las obligaciones y prohibiciones (nosotros diríamos obligaciones de hacer o dar y obligaciones de no hacer). Las segundas son las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de las garantías primarias. Para nosotros las obligaciones de hacer o no hacer no son garantías, sino obligaciones correlativas a los derechos. Las *garantías secundarias* son las verdaderas garantías. Véase Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, capítulo 2, Trotta, Madrid, 1999.

[85] Que, según Ferrajoli, sería una típica "garantía primaria". Véase la nota 84.

defensa..."[86] Por su parte, Guastini afirma: "Para garantizar un derecho no es suficiente proclamarlo: es necesario además disponer de los mecanismos adecuados para su protección... En los ordenamientos jurídicos modernos los derechos están garantizados –típicamente, aunque no exclusivamente– por mecanismos jurisdiccionales."[87]

Debido a que el concepto de *garantía* en México se ha usado, incluso después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, como sinónimo de *derecho*, se desata la discusión acerca de si la Constitución mexicana, en su texto original, al decir que "otorga" las garantías individuales, adoptaba una posición jusnaturalista o positivista, y si a raíz de la reforma constitucional de junio de 2011, la postura jusfilosófica subyacente cambió. Es decir, si del anterior artículo 1º de la Constitución se infería que el Constituyente "reconocía" la existencia previa de los derechos humanos al "otorgar" la garantía o, más bien, "otorgaba" la garantía, que no lo era propiamente, pues el término se usaba como sinónimo de derecho o, en todo caso, como una obligación correlativa al derecho fundamental; por tanto, al decir que la otorgaba, otorgaba también el derecho.[88]

Los que defienden el hecho de que la Constitución mexicana adoptaba una postura iusnaturalista afirman que en ella se utilizaba el concepto *garantía* para distinguirlo del derecho garantizado, que es anterior a la garantía y, por ende, al Estado, como en la fianza, por ejemplo. Ya analizamos las dificultades que se derivan de esta teoría. Los que afirman que la Constitución adoptaba una postura positivista aducen que la palabra *garantía* es sinónimo de *derecho*.[89]

[86] Gregorio Peces Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general,* colecc. Cursos, núm. 3, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, p. 502.

[87] Riccardo Guastini, "Derechos. Una contribución analítica", en AA. VV., *Problemas actuales de los derechos fundamentales,* colecc. Monografías, núm. 6, edición de José María Sauca, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994, p. 133.

[88] Véase Alfonso Noriega, *La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917,* UNAM, Coordinación de Humanidades, México, 1967. Sobre la diferencia entre derechos y garantías puede verse Efraín González Morfín, *Temas de filosofía del derecho, op. cit.,* pp. 143 y siguientes.

[89] En la tradición mexicana, hasta antes de la reforma constitucional del año 2011 se utilizaba, erróneamente, el término *garantía* como sinónimo de *derecho.* En la obra citada de Noriega, el autor nos dice que su propósito es elucidar la naturaleza de los *derechos* contenidos en el texto constitucional, y al explicar la postura iusnaturalista no dice que esta sostiene que las garantías constitucionales tienen, en esencia, el carácter de *derechos del hombre,* y al aclarar la postura positivista nos indica que esta sostiene que las garantías *son derechos* que el Poder Constituyente o el derecho positivo conceden u otorgan a los ciudadanos. Jorge Carpizo, por su parte, en el *Diccionario jurídico mexicano,* sostiene: "La declaración mexicana de *derechos humanos* está contenida en dos partes: la de garantías individuales y la de garantías sociales." Diego Valadez, en el mismo *Diccionario,* define las *garantías sociales* como "disposiciones constitucionales que establecen y regulan los *derechos y prerrogativas* de los grupos humanos o de la nación en su conjunto..." (las cursivas son nuestras). Como se advierte, recurrentemente se usa el término *garantía* como sinónimo de *derecho,* lo que, como se verá, es incorrecto. Burgoa, sin embargo, distingue los términos y aclara: "no es lo mismo el elemento que garantiza (garantía) que la materia garantizada (derecho humano)." En este sentido puede verse la obra de Ignacio Burgoa Orihuela, *Las garantías individuales,* 17a. ed., Porrúa, México, 1985, pp. 159-161.

También podría pensarse, como se dijo, que la garantía es más bien la obligación del Estado de respetar los derechos fundamentales. A su vez, de esta hipótesis se pueden esgrimir posturas que podrían favorecer una y otra corriente; es decir, que la Constitución, en el anterior artículo 1º, asumía una postura iuspositivista o bien iusnaturalista. Por ejemplo, se podría afirmar que la Constitución no era positivista sino iusnaturalista, pues "asumía" la obligación, es decir "otorgaba la garantía" de respetar los derechos, cuya existencia *reconocía* que es anterior. Como contrapartida podría asegurarse que si la existencia de la obligación es codependiente de la del derecho o, lo que es lo mismo, si el derecho nace simultáneamente a la obligación, por ser correlativos el uno de la otra, entonces la Constitución, en el momento de otorgar la garantía, entendida como obligación de respetar el derecho, "otorgaba" también el derecho.

En los debates del Constituyente de 1916,[90] a diferencia del de 1856, no se abordó este tema, más bien se discutieron otros conceptos, como la *irrenunciabilidad de las garantías individuales* y la *denominación de las garantías individuales o constitucionales*. Sin embargo, el hecho de que no se haya debatido si la Constitución otorga o reconoce derechos, no quiere decir que los Constituyentes no hubieren adoptado una postura al respecto. A nuestro parecer, el tema no se discutió porque, para los Constituyentes, no mereció mayor polémica, ya que existía acuerdo sobre el mismo, que es, precisamente, que los derechos humanos son anteriores a la Constitución y que esta solo los reconoce y, por tanto, los garantiza. Hay referencias diversas que apoyan ese argumento, como las que citamos en seguida.

El constituyente Luis Manuel Rojas consideró que el texto propuesto del artículo 1º era muy frío, que "le faltaba alma", a diferencia del texto de la Constitución de 1857: "al nuevo precepto le falta el alma, la energía, el calor y la significación del antiguo artículo, habiéndose hecho una omisión importante desde el punto de vista de las ideas, desde el punto de vista jurídico y de la convivencia política." Se refería, desde luego, a la alusión hecha en la Carta Magna de 1857 en el sentido de que "los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales", posición netamente iusnaturalista, que el diputado Rojas respalda.

El diputado Martínez Escobar, en su participación en el debate sobre el texto propuesto para el artículo 1º, afirmó, haciendo referencia a la Constitución de 1857: "es

[90] Las citas de los debates del Constituyente en la presente obra se retoman de la colección *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones,* 4a. ed., Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LV Legislatura, México, 1994.

claro que los derechos son la base y el objeto de las instituciones, porque es indudable que las instituciones sociales se hacen para salvaguardar, para beneficiar al ser humano."

En su participación, José N. Macías manifestó: "Las constituciones no necesitan declarar cuáles son los derechos, necesitan garantizar de la manera más completa y más absoluta todas las manifestaciones de la libertad. Por eso deben otorgarse las garantías individuales, y eso es lo que se ha hecho en el artículo 1o. que está a discusión."

Como se advierte, el diputado Macías distingue entre *garantía* y *derecho*. Más adelante aclara: "en el fondo están reconocidos los derechos naturales del individuo... todos están reconocidos allí, porque las garantías que otorga la sección primera son para respetar las diversas manifestaciones de la libertad humana."

Debe recordarse que el dictamen presentado por la comisión integrada por el general Francisco J. Múgica, Alberto Román, L. G. Monzón, Enrique Recio y Enrique Colunga fue aprobado por unanimidad; en el preámbulo del artículo propuesto, de manera clara y contundente, se dice:

> el artículo 1o. que contiene dos principios capitales cuya enunciación debe justamente preceder a la enumeración de los derechos que el pueblo reconoce como naturales del hombre, y por esto encomienda al poder público que los proteja de una manera especial, como que son la base de las instituciones sociales. El primero de esos principios es que la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República. El segundo, es que no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución.

Como puede verse, aunque en las participaciones de los diputados o en el dictamen de Múgica no se hagan argumentaciones jusfilosóficas de profundidad, se puede apreciar con claridad la convicción subyacente de quienes hicieron uso de la palabra al respecto y de quienes prepararon el dictamen.

Para los constituyentes de 1917, los derechos humanos son anteriores al Estado, son naturales al ser humano y la Constitución se limita a "garantizarlos" o protegerlos. Es decir, se distingue entre *derecho* y *garantía*, como conceptos diferentes, pero respecto de la garantía, como accesoria de los derechos; por tanto, es posterior a ellos y es la que "otorga" la Constitución.

Este debate no resulta siquiera necesario en el caso de la infeliz redacción de la versión original del artículo 102 B de la Carta Magna, que a la letra rezaba: "El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano..." En este artículo se usaba el verbo *otorgar* referido a los derechos, y no a las garantías; por ende, independientemente de si se trató de un error en la redacción del proyecto de reformas sometido al poder reformador o no,

literalmente, en ese caso, la Constitución adoptaba una postura iuspositivista al decir que los derechos humanos los otorga el orden jurídico.

Por fortuna, la palabra *otorga* se sustituyó por *ampara*, en la reforma al artículo 102 B publicada el 13 de septiembre de 1999. *Amparar* es sinónimo de *proteger* y, por tanto, el uso de este vocablo, más allá de su significación técnica en materia de "juicio de amparo", es consistente con el concepto de *garantía*, pues *garantizar* significa, como dijimos, proteger o asegurar.

En la reforma a este precepto de 1999, el Poder Constituyente Revisor, en congruencia con lo establecido en el artículo 1º entonces vigente, no adopta una postura positivista, pues evita decir que el orden jurídico otorga derechos; más bien se limita a "ampararlos", protegerlos, garantizarlos. Para proteger algo necesita existir. Así, se reconoce la existencia previa de los derechos humanos.

Para retomar nuestro análisis y proponer conclusiones, recordemos que en los derechos fundamentales del ser humano tenemos, por tanto, obligaciones correlativas. En los llamados *derechos de primera generación*, las obligaciones de respetar de estos derechos corresponden, por un lado, al Estado, que asume el compromiso de no hacer nada que entorpezca o elimine el derecho garantizado o amparado y, por otro, a la colectividad, que debe respetar el derecho de los demás, con el Estado como garante. En el primer caso sucede que el Estado reconoce un derecho que, debido a que existía con anterioridad, se compromete a respetar, mediante su no interferencia en su ejercicio, por tanto, esta no es una "garantía" en el sentido al que nos hemos referido. La palabra *garantía* en este caso se usa como sinónimo de *obligación* o de *responsabilidad* asumida por el Estado, en el momento de su formación, como reconocimiento necesario del derecho respectivo. Es decir, si el derecho existe, lo que el Estado hace al formarse es reconocerlo; por ende, la obligación correlativa a su cargo de respetarlo, ya sea abstenerse de hacer lo que pudiera entorpecerlo o realizar lo que deba para que sea eficaz.[91]

Por otra parte, ante los particulares, como potenciales obstructores de los derechos de los demás, el Estado, a través de sus órganos de gobierno, actúa como garante, pues asume el compromiso ante los particulares de que se darán en realidad los elementos necesarios a fin de lograr un ambiente propicio para el goce de los derechos, que es lo que se conoce como *bien común*, uno de los fines del derecho, de manera primordial del derecho constitucional, además de proporcionar los mecanismos de reparación y defensa necesarios en caso de violación.[92]

[91] Como se analizó, Ferrajoli llama a estas obligaciones *garantías primarias*, aunque nosotros consideramos que el uso de la palabra *garantía* no corresponde a su naturaleza.

[92] Para Ferrajoli estos recursos son las "garantías secundarias".

Podemos concluir, entonces, que el término *garantía*, en el terreno del derecho público, significa el establecimiento de mecanismos que aseguren el cumplimiento de la responsabilidad que tiene el Estado de respetar y hacer que se respeten los derechos de las personas; por tanto, no es sinónimo de *derecho.* Al existir el derecho se da, necesariamente y al mismo tiempo, la obligación correlativa, que corresponde a los demás integrantes de la colectividad respetar, y al Estado, garantizar.

Por ello, a nuestro juicio el uso del concepto *garantía* en el título anterior del Capítulo Primero de la Constitución era incorrecto, pues los preceptos respectivos a veces se redactan como claras proclamaciones de derechos subjetivos, y en otras ocasiones como obligaciones de no hacer o de hacer por parte del Estado, para asegurar el goce de los derechos, lo que en ninguno de los dos casos constituye una "garantía" propiamente.

Con las reformas constitucionales del año 2011 en materia de derechos humanos y de amparo, lo anterior felizmente fue corregido. El Capítulo Primero ahora se llama "De los Derechos Humanos y sus Garantías", y el artículo 1º ahora prevé, en su párrafo primero:

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

Como puede observarse, el artículo 1º vigente distingue claramente entre el derecho y la garantía, como lo hemos expuesto en líneas anteriores, por lo que ahora, de manera explícita, asume una postura jusfilosófica jusnaturalista. A los derechos los reconoce, por un lado, mediante la expedición y aplicación de leyes que fomenten y mantengan el bien común y, por otro, los garantiza por medio de los recursos en ella previstos, que están al alcance de quienes sufran una violación a sus derechos, como es el caso específico del amparo, verdadera garantía para la protección de los derechos fundamentales.

Esto se justifica porque, en nuestra opinión, lo que sucede conceptualmente es que antes de la formación del Estado, y como elemento material del mismo, existe el conglomerado social, integrado por individuos, titulares de derechos naturales y, por tanto, obligados a respetar los derechos a los demás. Es decir, la obligación recíproca de los derechos humanos, en la etapa anterior a la formación del Estado, la tienen los integrantes de la sociedad. En tal virtud, el pueblo le da el mandato al Poder Constituyente para formar el Estado, y este, al hacer la Constitución, reconoce los derechos humanos y asume la obligación ante el pueblo de que estos derechos no serán atropellados por los poderes constituidos, obligación que garantiza mediante la creación

de los mecanismos de defensa respectivos, como el juicio de amparo, el juicio para la protección de los derechos políticos ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y los mecanismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos por parte de las Comisiones Nacional y estatales de Derechos Humanos.

La posición ahora asumida por la Constitución mexicana es la que asumen con toda claridad diversas constituciones hispanoamericanas. Es el caso, por ejemplo, de las constituciones paraguaya, ecuatoriana, peruana, nicaragüense, guatemalteca y colombiana, por mencionar algunas.

Principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad y la teoría de las generaciones[93]

El tercer párrafo del artículo 1º constitucional, tal y como fue adicionado por la reforma de junio de 2011, establece lo siguiente:

> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

En el presente subcapítulo se abordarán dos temas, principalmente. Por un lado, las obligaciones que los derechos humanos imponen a las autoridades, y por el otro, los principios de universalidad, interdependencia y progresividad que van adheridos a los derechos humanos.

La clasificación de los derechos en generaciones

La división de los derechos en individuales y sociales parece tener dos posibles orígenes, cuando menos. El primero de ellos se referirá al momento en que los derechos se reconocen o se otorgan al individuo. De aquí se podrá elaborar una línea de argumentación en torno al "surgimiento" en la historia de los derechos humanos, ubicando determinados sucesos y momentos en la historia que podrán señalarse como aquellos en donde "por primera vez" se pudiera percibir la presencia de tales o cuales derechos. El segundo origen se refiere, no al "surgimiento" de los derechos en

[93] El contenido de este subcapítulo es una actualización de aquel elaborado en el marco de la celebración del *Seminario Nacional Agenda del Desarrollo 2006-2020*, en el módulo "Desarrollo incluyente: derechos y políticas sociales", Porrúa, México, 2007, pp. 47-71.

la historia, sino a la naturaleza de las obligaciones que los derechos, sean individuales o sociales, imponen al Estado, como contraparte del individuo.

En ambos casos se puede elaborar la línea de argumentación, bajo la doctrina de las "generaciones" de los derechos humanos. "La división de los derechos humanos en tres generaciones fue por primera vez propuesta por Karel Vasak en el Instituto Internacional de Derechos Humanos en Estrasburgo."[94] O más bien dicho, la doctrina de las "generaciones" adopta, para comprobar su veracidad, ambas vertientes de argumentación: la historicista y la del contenido obligacional.[95]

Las falsedades de la división de las generaciones

Todas las anteriores afirmaciones constitutivas de la doctrina de las generaciones están plagadas de verdades a medias, e incluso de postulados claramente falsos, como veremos a continuación:

1. La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* recoge tanto los derechos llamados *civiles y políticos* como los denominados *económicos, sociales y culturales* (DESC).

En el derecho internacional de los derechos humanos se dio esta división en virtud de la imposibilidad práctica de adoptar un solo tratado que englobara, como lo hizo la Declaración Universal, tanto a los derechos de la llamada *primera generación* como a los de la denominada *segunda generación*.[96] Sin embargo, los derechos humanos conforman un cuerpo, un bloque compacto. Este *corpus* de derechos es integral e indivisible, pues los elementos que lo conforman dependen individualmente de cada uno y todos los demás.

Por eso es preferible hablar de los derechos humanos como una totalidad, más que de clasificaciones o, peor aún, de divisiones de derechos, pues hacerlo debilita al bloque de derechos, al segmentarlo o cercenarlo del cuerpo de los derechos humanos.

En este sentido fue el llamado de la *Declaración y Programa de Acción de Viena*:

[94] Magdalena Sepúlveda y otros, *Human Rights Reference Handbook*, 3a. ed., University of Peace, San José, 2004 (la traducción es nuestra).

[95] *Cfr.* http://www.cedhj.org.mx/dh_definicion.asp. Si se compara el contenido con la obra de Magdalena Aguilar Cuevas encontraremos similitudes casi literales, lo que nos hace pensar que la información de la CDH de Jalisco fue tomada, aunque no lo revelen así, de la obra de la maestra Aguilar. Dicha obra se denomina precisamente *Las tres generaciones de los derechos humanos*, y fue publicada en el número 30 de *Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, abril de 1998; puede consultarse en http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr20.pdf. Sobre esta "división" de los derechos humanos en "generaciones" también puede consultarse Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, México, 2005, pp. 45 y 46.

[96] Al respecto véase Magdalena Sepúlveda, "La necesidad de adoptar un protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en *Derechos Económicos, Sociales y Culturales,* Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2005, p. 254.

5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

2. La explicación historicista de las "generaciones" afirma que los derechos son "producto" de la historia.

Desde la denominación misma de la doctrina, parece indicarse que los derechos se "gestan", es decir, se crean o "procrean". Parecería que hay una generación de derechos que, al estar en posibilidad de hacerlo, "gestó" a la "siguiente generación", que en su momento hará lo mismo con la posterior. Parecería que la primera, entonces, dejará de existir eventualmente, aunque, como lo hacen los abuelos y a veces los bisabuelos, conozcan y convivan con los descendientes, miembros de las posteriores generaciones. Esto no es así; no puede ser así. Los derechos de la llamada *primera generación* permanecen y permanecerán siempre, junto con los de la llamada *segunda generación*. Los derechos no se gestan ni se crean. Los derechos dimanan de la naturaleza humana, de la dignidad de la persona.

Por esto es falso, asimismo, que los derechos sean "producto" de la historia, o, mejor dicho, de la humanidad en diversos momentos de la historia.[97] Los derechos no se han ido creando por la razón humana; más bien, esta ha venido descubriéndolos poco a poco y han ido recogiéndose en instrumentos jurídicos conforme se han descubierto. No es que Locke haya "inventado" los derechos humanos, como tampoco Colón "inventó" la redondez de la tierra o Newton la fuerza de la gravedad.

Lo mismo sucedió con los derechos humanos en diferentes momentos de la historia.

Sin lugar a dudas, las tremendas injusticias sociales y la influencia de ciertas corrientes ideológicas hicieron posible que la humanidad se percatara de la existencia de la dimensión social de los derechos humanos. Los derechos fueron descubiertos, en su momento, a través de la lente del individualismo liberal, envenenado con su propio egoísmo, que dio como resultado el que, bajo el pretexto de la libertad y de una igualdad formal, se extendiera la explotación de los más poderosos sobre los más

[97] Para una opinión contraria y bien fundada y argumentada véase la obra ya citada de Carbonell, en las páginas 29 y siguientes. El autor, aunque está de acuerdo en que esta doctrina de las "generaciones" debe ser abandonada por causar "más confusión que otra cosa", le reconoce como virtud el que "pone de manifiesto que los derechos fundamentales no han aparecido de golpe... viene a reforzar, en este sentido, el marcado carácter histórico de los derechos" (páginas 45 y 46 de la obra citada).

débiles. Los movimientos sociales hicieron que la superficie donde "descansaban" los derechos se agitara trepidatoriamente e hiciera que "las monedas" de los derechos se voltearan, para que se descubriera su otra cara, su faceta social. No es que se hubieran creado los derechos sociales, en adición a los individuales, sino que eran ellos un solo conjunto, un solo cuerpo; pero el veneno del individualismo liberal había provocado una miopía en sus propios titulares, que no les había permitido observarlos en su integridad.

Es fácil percibir que la convicción que nos mueve es la que afirma que los derechos humanos son naturales al ser humano. No es que nos hayan sido otorgados por un dios, sino que se desprenden de lo que somos, de nuestra esencia, de lo que nos hace ser humanos y no otros seres de la naturaleza. No es que sean producto de la historia, sino que a lo largo de la historia se han venido descubriendo y han sido y seguirán siendo analizados de tal forma que seguirán reconociéndose diversas facetas y características de los mismos. La especie humana es la misma desde que es lo que es, a pesar del paso de los siglos, pero sus necesidades y sus condiciones de vida han cambiado con la historia y, por tanto, sus derechos se manifiestan y ejercen de manera distinta, aunque sean los mismos de siempre. Esta postura, aceptable o no para muchos, es, les guste o no a esos muchos, la que asumen todos los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Por ejemplo, el primer párrafo del preámbulo de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* dice: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana."

Habla de la dignidad intrínseca de los miembros de la familia humana. Una declaración más naturalista es difícil encontrarla.

Y el artículo 1 de ese fundamental instrumento internacional expresa: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."

Es decir, según la Declaración Universal, los seres humanos nacemos con los derechos. Estos no nos son otorgados por los instrumentos jurídicos, sino que nacemos con ellos, en virtud de nuestra naturaleza, de nuestra intrínseca dignidad, por lo cual los derechos son inherentes al ser humanos, por lo que son inalienables.

3. La dicotomía entre los derechos individuales y sociales, o "de tipo colectivo", encierra diversas imprecisiones.

No es que los titulares de los derechos individuales sean los individuos y la titular de los sociales "la sociedad". La sociedad no es persona, y no puede ser sujeto de derechos y obligaciones. Los derechos "colectivos" encuentran su titularidad en los individuos particulares, pero su ejercicio en la interrelación e interactividad entre los individuos titulares de los derechos. Todos los derechos humanos son de titularidad individual. Su titular es el sujeto concreto, el individuo, la persona física, que en ocasiones se reúne o se asocia para ejercer algunos derechos, que de otro modo no podrían hacerse efectivos. Pero no es que los derechos contenidos en el catálogo de los "civiles y políticos" sean todos de ejercicio individual y los "DESC" sean todos de ejercicio colectivo. De hecho, hay algunos derechos civiles y políticos que no pueden, por esencia, por definición, ejercerse individualmente. Tal es el caso de los derechos de reunión. No es posible concebir una reunión unipersonal, pues, por definición, la acción de reunirse implica la presencia de por lo menos dos personas. Lo mismo sucede con el derecho típico de asociación, que significa "acción y efecto de asociar o asociarse", entendiéndose por asociación el conjunto de personas que se unen para lograr un fin común, lícito y determinado: "Conjunto de los asociados para un mismo fin y, en su caso, persona jurídica por ellos formada."[98] Es decir, este derecho implica a un conjunto de personas que lo ejercen de manera unida, coordinada, conjunta.

De manera similar se presenta el caso del derecho individual por excelencia, como lo es el derecho a la libertad religiosa, que "incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo", según el artículo 24 de nuestra Constitución.

De hecho, todos los derechos "individuales" tienen su faceta de ejercicio "colectivo", como el derecho a la libertad de expresión, de circulación o tránsito, o incluso el derecho de acceso a la justicia, como en el caso del ejercicio de la *accio popularis o class action*, como se verá más adelante respecto de las acciones colectivas. Particularmente, los derechos políticos tienen una dimensión colectiva preeminente.

Aunque el derecho al voto se ejerza individualmente y en privado, no tiene ningún sentido práctico ni tiene ninguna eficacia si los demás miembros de la colectividad no lo ejercen, pues es el cúmulo de votos individuales, la "colección" o "colectividad" de votos, lo que conformará la mayoría que haga que un candidato resulte electo. El ejercicio del derecho a ser votado no tiene sentido sin la colectividad que lo elige.

El derecho a la asociación política, es decir, a la formación de partidos y agrupaciones políticas es, por esencia, colectivo. El proselitismo político, aunque sea a veces realizado activamente por un individuo, va dirigido a la colectividad, que es el sujeto pasivo de dicho proselitismo, y tiene derecho a conocer las ideas planteadas por los partidos

[98] *Cfr.* http://dle.rae.es/?id=424gSON

y candidatos para formar su opinión y determinar el sentido de su voto. Por esto los derechos civiles y políticos también son "de tipo colectivo", como los DESC.

Por su parte, los DESC tienen, sin duda alguna, su dimensión individual. De hecho, son de titularidad individual siempre, y en ocasiones de ejercicio individual o colectivo.

El derecho de huelga o de libertad sindical es de naturaleza colectiva, pues es imposible concebir la huelga de un solo trabajador, o la formación de un sindicato "unimembre". Pero la libertad sindical tiene su faceta individual, cuando un trabajador debe decidir de manera individual si desea o no formar parte de un sindicato; el derecho a dejar de formar parte de un sindicato, por ejemplo, puede ser ejercido de manera individual, por un solo trabajador, sin la participación de otros.

El derecho a la educación, sin duda, es de ejercicio colectivo, aunque no es inconcebible la educación individual y "autodidacta". Desde luego, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* consagra el derecho individual a "la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".[99]

Del mismo modo, los derechos consagrados en el artículo 10 del mismo Pacto son de ejercicio y goce individual y no necesariamente colectivo.

El derecho a la vivienda puede ejercerse colectivamente, pero no es inconcebible, y sucede con mayor frecuencia cada vez, que se ejerza individualmente, por quienes "viven solos".

Es decir, que la supuesta diferencia entre derechos individuales y colectivos resulta una división simplista y no del todo apegada a la verdadera naturaleza de los derechos humanos.

En otro sentido, se dice que los DESC son derechos sociales porque responden al llamado de la justicia social, también llamada *distributiva*, conforme a la cual se busca lograr una igualdad de todos los miembros de la sociedad, no solo en las leyes, sino en los hechos, en la realidad. Si en efecto esto es así, entonces el derecho a la igualdad y a la no discriminación no pertenecería al "catálogo" de los derechos individuales o civiles y políticos, sino al de los DESC. En efecto, las medidas o acciones afirmativas o, mejor dicho, positivas, tienen como finalidad asegurar el adecuado progreso de grupos humanos que se encuentran rezagados o excluidos del desarrollo social, con

[99] Inciso 3 del artículo 13 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

el fin de que alcancen la igualdad de oportunidades en el ejercicio de sus derechos.[100] Todos los derechos humanos responden al llamado de la justicia social y no solamente los DESC.

Mención aparte merece el derecho a la autodeterminación, consagrado en los artículos 1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, pues este derecho sí es atribuido "a los pueblos" como sujetos del derecho en cuestión. Los pueblos son sujetos de derechos y están integrados por una determinada colectividad. Son verdaderos sujetos colectivos. El derecho a la autodeterminación de los pueblos es de titularidad colectiva y de ejercicio colectivo. Por eso este derecho, en su manifestación aplicada a los pueblos indígenas, expresada en el derecho a la autonomía, también es "colectivo" en ese sentido, pues los pueblos indígenas son verdaderos sujetos de derecho (a pesar de que no se haya querido reconocer así en la reforma constitucional que dio origen al actual texto del artículo 2 constitucional, que los reduce a sujetos de interés público y no de derecho público, que es lo que se debió haber reconocido),[101] y sus derechos al territorio, al uso y disfrute de los recursos naturales de dicho territorio y a la aplicación y reconocimiento de sus sistemas normativos para la elección de sus autoridades y la resolución de sus controversias, deben ser consagrados como de titularidad y ejercicio de dichos pueblos, de manera comunitaria o colectiva por quienes los integran.

Es en esta dimensión en la que los derechos culturales adquieren una importancia fundamental para estos grupos humanos. Así pues, como lo explica Lelia Jiménez,[102] apoyándose en autores tan reconocidos como Luis Villoro y Javier de Lucas, la dimensión colectiva del derecho a la cultura y a la identidad social y cultural de los pueblos es innegable. La "titularidad individual" del derecho a la cultura, como expresión concreta de cada miembro de la colectividad, no es lo correcto cuando de lo que se trata es de respetar los derechos de los pueblos, sujetos de derecho propiamente dichos.

4. Como quedó apuntado anteriormente, uno de los criterios de la clasificación o división de los derechos humanos entre la primera y la segunda generación es el

[100] Véase los artículos 1.4 y 2.2 de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. También el artículo 4 de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

[101] La fracción VIII del artículo 2o. constitucional, en su parte conducente, se lee como sigue: "Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público."

[102] Lelia Jiménez, "Hacia el pleno reconocimiento de los derechos culturales", en *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, Octavio Cantón J. y Santiago Corcuera C. (coords.), Porrúa-Universidad Iberoamericana, México, 2004, pp. 167 y siguientes.

contenido obligacional de los derechos; dicho de otro modo, las obligaciones que los derechos imponen al Estado, o las obligaciones que el Estado tiene frente al individuo.

Se dice que los derechos civiles y políticos, o de la primera generación, imponen al Estado obligaciones de "respetar" los derechos humanos, lo que se consigue mediante la abstención del Estado. Con base en esta postura, los derechos civiles y políticos imponen al Estado obligaciones de "no hacer". En contrapartida, los dos imponen al Estado obligaciones de hacer y de dar, que se traducen en lo que se conoce como obligaciones de "garantizar" y "realizar". Los DESC, entonces, obligan al Estado a la acción y a la dación, mientras que los derechos civiles y políticos lo obligan a la abstención o inacción.

Los anteriores postulados, de tanto repetirse, se han llegado a considerar como un reflejo de la realidad, cuando, de hecho, están plagados de imprecisiones y falsedades.

Es falso que los derechos civiles y políticos solamente impongan obligaciones de abstención y no impongan obligaciones de acción y de dación al Estado, como también es falso que los derechos económicos, sociales y culturales no impongan obligaciones de abstención a cargo de los agentes estatales.

Como lo demostraremos a continuación, todos los derechos humanos imponen al Estado, en cierta medida y desde distintos ángulos, obligaciones de respeto, garantía y realización. Por ello es muy atinada la redacción del tercer párrafo del artículo 1º constitucional vigente, pues no distingue entre "clases" de derechos, sino que hace una adecuada generalización respecto de la obligación de todas las autoridades para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Comencemos nuestro análisis con los derechos políticos, que, como salta a la vista, pertenecen al grupo de los llamados *derechos civiles y políticos*, o de la primera generación. Estos derechos políticos incluyen el derecho a votar, el derecho a ser votado, y en general el derecho a la participación política. Su realización o eficacia es prerrequisito para la democracia, hoy considerada, en sí misma, un derecho humano fundamental: el derecho a la democracia.[103]

Sin duda, el derecho a votar tiene una faceta que impone al Estado obligaciones de respeto o de no hacer. Los agentes del Estado deben abstenerse de realizar actos que pudieran obstaculizar el ejercicio libre (es decir, ausente de presiones externas) y secreto del derecho a votar. La coacción del Estado para que el individuo vote o no vote en determinado sentido constituye una violación al derecho al voto en su dimensión "individual". Sin embargo, para que el derecho al voto pueda realizarse efectivamente,

[103] Véase la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU 1999/57, que se refiere a la promoción del derecho a la democracia.

es necesario que los órganos del Estado garanticen los medios para su ejercicio eficaz. En nuestro sistema político electoral, los institutos electorales, sean federales o estatales, son órganos de Estado, cuya autonomía presupuestal se garantiza con fondos públicos y que tienen a su cargo la garantía y realización del derecho a votar de los ciudadanos. Para que un ciudadano pueda votar necesita contar con una credencial de elector que le da el Estado y que este hace o manda a hacer. El ciudadano debe estar inscrito en un padrón electoral o lista de electores que el órgano del Estado mencionado debe elaborar o hacer. El Estado también debe garantizar la afluencia ordenada de los votantes y ubicar y acondicionar las casillas en donde los ciudadanos deberán estar en posibilidades de emitir su voto de manera libre y secreta. Todo eso cuesta dinero.

Las elecciones del año 2012 en México, según una nota del periódico *El Economista*,[104] tuvieron el siguiente costo por voto:

- 375.91 pesos es el costo del voto considerando solo los depositados en urnas, incluso los nulos y los de candidatos no registrados.
- 237.36 pesos es el costo del voto tomando el total de personas inscritas en la lista nominal, que es de 77.74 millones de electores.
- 77.39% es el nivel más alto de participación ciudadana y se registró en Yucatán.
- 52.58% es el nivel más bajo de participación ciudadana y se registró en Michoacán.
- 38.15% de los ciudadanos que viven fuera del país votaron por el PRI-PVEM, lo que es la mayor cifra obtenida por partidos.
- 2 631 pesos es el costo que alcanzó cada uno de los 40 714 votos que emitieron los mexicanos que viven fuera del país.

El derecho al voto, por lo pronto, no puede decirse que sea un derecho barato, como se supone que son los derechos de la llamada *primera generación*. Parecería innecesario hacer el mismo ejercicio en relación con el derecho a ser votado, o el derecho a la participación política. Recuérdese simplemente a lo que, de acuerdo con nuestra legislación electoral, tienen derecho los partidos políticos y candidatos registrados en cuanto al suministro directo de dinero, uso de espacios gratuitos "pagados por el Estado", en los medios electrónicos de comunicación, etc. El derecho a ser votado y el derecho a la participación política, por mucho que se diga que pertenecen a la primera generación, no pueden demostrar ser derechos baratos, como supuestamente los son los derechos pertenecientes a dicho catálogo. Si entonces los DESC imponen

[104] *Cfr.* http://eleconomista.com.mx/sociedad/2012/07/06/costo-democracia-o-desconfianza

obligaciones de acción y de dación al Estado y son derechos caros, debe seguirse que los derechos políticos son derechos sociales o pertenecen a la segunda generación. Llegamos así al absurdo: los derechos políticos no pertenecerían al catálogo de los derechos civiles y políticos. Lo mismo sucede con todos los derechos llamados "civiles".

Uno de los derechos más característicos de la llamada *primera generación* es el derecho a la igualdad. Este derecho no solamente se hace efectivo mediante la inacción del Estado, sino que requiere para su realización de la adopción de acciones afirmativas, o mejor dicho, positivas por parte del Estado. El derecho a la igualdad ante la ley requiere, en primer lugar, un marco legal en donde este derecho quede claramente reconocido. En esta medida, para empezar, el Estado está obligado a adoptar medidas legislativas que consagren, pero también garanticen, la realización efectiva del derecho a la igualdad. Este derecho implica el derecho a no ser objeto de discriminación negativa. En este sentido es cierto que el Estado está obligado a "no hacer" nada que sea un acto de discriminación negativa; está obligado a no discriminar cuando dicho acto de discriminación dé como resultado el menoscabo en el ejercicio de cualquiera de los derechos humanos. Esta es la dimensión individual del derecho a la igualdad, que impone al Estado obligaciones de no hacer, de respetar. Pero el llamado de la justicia social que reza "trato igual a los iguales y desigual a los desiguales" impone a los órganos estatales la obligación de actuar de manera positiva para lograr una igualdad de facto, una igualdad material, una igualdad de oportunidades, una igualdad de acceso a los bienes y servicios, una igualdad en bienestar para todos y todas.

Por eso las convenciones internacionales que se refieren a este derecho ordenan a los Estados adoptar medidas positivas de carácter temporal que tengan por objeto lograr el progreso, desenvolvimiento y aceleración del proceso de igualdad para aquellos grupos humanos que se encuentren en una situación de desventaja, exclusión o rezago social. Estas medidas, como se ha dicho, son de carácter temporal o transitorio, dado que una vez alcanzado el objetivo deben desaparecer, a fin de no producir el nocivo efecto de la discriminación inversa.[105] Se trata, en verdad, de programas gubernamentales orientados a eliminar la discriminación y la desigualdad. Son mandatos programáticos, como los que se dicen son característicos de los DESC.[106] Esto muestra que el Estado debe destinar recursos y esfuerzos para el eficaz disfrute del derecho a la igualdad; es decir, tiene que dar y tiene que hacer para la

[105] Para algunos autores, el concepto *discriminación inversa* es sinónimo de discriminación positiva. Véase Viviana Burad, *La discriminación inversa o positiva y el derecho a la igualdad en el colectivo sordo*; http://www.cultura-sorda.eu/resources/Burad_V_discriminacion_inversa_positiva_derecho_igualdad_sordo_2009.pdf. El sentido en el que nosotros usamos ese concepto es el efecto excesivo de la discriminación positiva, que conduce a prácticas de discriminación negativa, contra el grupo humano que antes se encontraba en ventaja.

[106] Véase José Ramón Cossío Díaz, *Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución*; http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/127/14.pdf

realización de este derecho. Lograr progresivamente la igualdad material de todos y todas, particularmente en un país de grandes e ignominiosas desigualdades sociales, es muy costoso para el Estado. Y una vez que esta se logre, deben mantenerse los esfuerzos y continuar destinándose los recursos para no retroceder, con lo que se violaría el principio de progresividad.

Esto demuestra que el derecho a la igualdad tiene, clara e inequívocamente, una dimensión social, pues no solo responde al llamado de la justicia social, sino que impone al Estado obligaciones de garantía y realización progresiva, de hacer y de dar, de acción y de dación.

Lo anterior demuestra que no existen diferencias sustanciales entre los derechos de una y otra generación en cuanto a las obligaciones que imponen al Estado.

5. Como pudo verse anteriormente, si lo que hace que los DESC sean lo que son es que imponen al Estado obligaciones de acción y de dación, entonces los derechos civiles y políticos tienen que ser también DESC.

Y si los DESC no son exigibles, tampoco lo serían los derechos civiles y políticos. Y si lo que hace que los DESC no sean exigibles es que son de "tipo colectivo", entonces los derechos civiles y políticos tampoco serían exigibles, en la medida en que, como quedó comprobado, esos derechos también son de "tipo colectivo".

Más aún, tampoco es cierto que los derechos sociales, o por lo menos que todos los derechos sociales no sean exigibles ni justiciables. Como ejemplo incuestionable tenemos todos los derechos humanos laborales, que encuentran sus mecanismos de judicibilidad en el derecho procesal laboral, como marco jurídico adjetivo para la solución de conflictos laborales, tanto individuales como colectivos.

Los derechos humanos ambientales, por ejemplo, tienen diversos mecanismos de protección, tanto de regulación administrativa como de exigibilidad.

Lo que demuestra lo anterior no es que los derechos sociales no puedan ser exigibles, sino que algunos no lo son actualmente, pero que pueden llegar a serlo. Tal fue el caso, por ejemplo, de los derechos políticos, que durante décadas no tuvieron un mecanismo de defensa cuando eran violados. La razón que se daba en nuestro país era que dichos derechos no eran "garantías individuales". Veamos algunos ejemplos:

> La violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales.[107]

[107] Tesis 87, Quinta Época, Tomo III, Página 1311, Villa García, N.N., vecinos de; Tomo IV, Página 862, Heredia Marcelino; Tomo IV, Página 1135, Guerra Alvarado José y Coags.; Tomo IV, Página 463, Orihuela Manuel y Coags.; Tomo VII, Página 941, Ayuntamiento de Acayucan.

> La afectación de estos derechos no puede ser reclamada en el juicio constitucional, que está instituido exclusivamente para garantizar la efectividad de las garantías individuales, consignadas en los veintinueve primeros artículos de la Constitución Nacional, y no para proteger los derechos políticos otorgados únicamente a los mexicanos, que tienen la calidad de ciudadanos.[108]
>
> Conforme a la fracción I del artículo 103 Constitucional los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales de donde se desprende que el juicio de amparo es improcedente cuando no se trata de aquellas garantías, como sucede si se endereza contra la orden para suspender al quejoso como miembro de un ayuntamiento, ya que aquél resulta afectado en el derecho de desempeñar un cargo público, que es de naturaleza política.[109]
>
> De conformidad con el artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, el juicio de amparo sólo procede por violación de Garantías Individuales, debiendo entenderse por tales, aquéllas que conciernen al hombre y no las que se refieren al ciudadano, por lo que cualquiera infracción de un derecho político no puede remediarse por medio del Juicio Constitucional, supuesto que no constituye violación de una garantía individual.[110]

Los argumentos para "desproteger" los derechos políticos eran por demás ridículos. Todavía hoy el juicio de amparo es improcedente contra resoluciones o declaraciones emitidas por autoridades electorales, según la fracción VII del artículo 73 de la anterior Ley de Amparo y la fracción IV del artículo 61 de la vigente. Sin embargo, poco a poco la ciudadanía le fue arrancando al Estado el derecho de justicibilidad de los derechos políticos, al grado de que al día de hoy[111] se cuenta con un amplio y bastante completo sistema de impugnación en materia electoral, a cargo de un tribunal perteneciente el Poder Judicial de la Federación, dotado de autonomía de gestión y presupuestal para garantizar su imparcialidad.

Es decir, no es que en tiempos de la dictadura de partido los derechos políticos no hubieran podido ser judicializables, sino que simplemente no lo eran jurídicamente, por falta de voluntad política para ello.

Lo mismo podemos decir de los derechos sociales, que pudieran ser justiciables si se introdujeran más mecanismos para tal efecto y se mejoraran los existentes en nuestro sistema.

[108] Quinta Época, Tomo LXIX, Página 4731; Tomo LXXI, Página 5301.

[109] Quinta Época, Tomo XL, Página 2187.

[110] Quinta Época, Tomo CIX, Página 1190; Tomo C, Página 1026.

[111] El artículo 99 de la Constitución General de la República fue reformado para permitirle al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación un control difuso de constitucionalidad; es decir, permitirle la desaplicación en casos concretos de normas generales de carácter electoral que el Tribunal considere contrarias a la Constitución. Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de noviembre de 2007.

Es verdad que en materia de exigibilidad de los derechos sociales actualmente existen pocos y limitados mecanismos de defensa en caso de violación a los derechos sociales, a pesar de que no guardan diferencia sustancial con los derechos individuales, como ha quedado demostrado. En tal medida y por tal razón, se buscan "estrategias" para hacerlos exigibles, "disfrazándolos" de derechos individuales, o defendiéndolos por conexidad con alguno de los derechos civiles, etcétera.[112]

Lo dicho en los párrafos anteriores respecto de las dificultades existentes aún ahora para hacer exigibles los derechos sociales, acaso, debe restringirse a los mecanismos jurisdiccionales de exigibilidad de los derechos sociales, pues por lo que se refiere a los mecanismos no jurisdiccionales propiamente dichos, no existe barrera legal alguna para que los organismos a los que se refiere el artículo 102 B de la Constitución, es decir, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las Comisiones, Defensorías o Procuradurías de los estados de la República en la misma materia, no puedan recibir quejas y tramitarlas hasta su conclusión, en materia de violación de derechos sociales.[113]

Algunos avances hacia la exigibilidad de los derechos sociales

Se han presentado en los últimos años algunos avances orientados a dar plena efectividad a los derechos sociales y a los derechos humanos en general, tanto en el ámbito internacional como en nuestro país.

En el nivel internacional, el 10 de diciembre de 2008, la Asamblea General de las Naciones Unidas finalmente adoptó el protocolo facultativo al *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, que prevé que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales previsto en el Pacto podrá recibir comunicaciones o quejas individuales mediante las que se aduzcan violaciones a los derechos reconocidos en el Pacto, de manera similar a lo establecido por el Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o de las facultades de las que gozan los demás comités previstos en otros tratados universales de derechos humanos, como la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles*,

[112] Véase el excelente ensayo de Miguel Carbonell, "Breves reflexiones sobre los derechos sociales", en *Derechos económicos, sociales y culturales*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2005, en el que el autor aborda muchos de los temas desarrollados en este trabajo, en la mayoría de los casos en coincidencia de opiniones. Específicamente, el autor se refiere a las estrategias de exigibilidad de los derechos sociales a partir de la página 47.

[113] Las limitaciones en cuanto a la competencia para conocer de determinados asuntos se limita a las materias laboral, jurisdiccional y electoral, por disposición del propio artículo 102 B de la Constitución.

Inhumanos o Degradantes; la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW, por sus siglas en inglés), la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, la *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* y la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, entre otros.

La adopción del protocolo facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es un gran paso en la dirección correcta para fortalecer la idea de que los derechos sociales son susceptibles de exigibilidad. El protocolo prevé que para su entrada en vigor es necesario que cuando menos 10 países lo ratifiquen y entró en vigor el 5 de mayo de 2013. A la fecha,[114] solamente 45 países lo han firmado y 21 lo han ratificado.

El reducido número de signatarios y, peor aún, de países que lo han ratificado, es una clara muestra, no de que los derechos sociales no puedan ser exigibles a nivel internacional, sino de la falta de voluntad de los Estados para lograr este objetivo. La adopción del protocolo se debe al importante activismo de la sociedad civil organizada a nivel mundial, que luchó incansablemente para obtener el resultado de su adopción por la Asamblea General. Mucho mayor será el esfuerzo de las organizaciones civiles para lograr un mayor número de Estados partes de este protocolo, con el fin de lograr su universalidad y con ello el convencimiento de que los derechos sociales pueden hacerse valer individualmente a través de esta garantía internacional.

Una señal de aparente progreso hacia la plena vigencia de los derechos sociales fue la reforma constitucional al artículo 17 publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de julio de 2010, que agregó un tercer párrafo al mencionado precepto en los términos siguientes: "El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos."

Ya ha sido aprobado por el Congreso de la Unión un paquete de reformas a diversas leyes que en teoría se orientan a cumplir con el precepto constitucional citado. El 9 de diciembre de 2010 la Cámara de Senadores aprobó el mencionado paquete de reformas, y el 28 de abril de 2011 lo hizo la Cámara de Diputados, sin formular ninguna enmienda al proyecto enviado por el Senado.

[114] *Cfr.* https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en. Consulta hecha el 19 de octubre de 2015.

Sin embargo, este paquete de reformas parece ser una mera ilusión óptica, pues como explica Jesús Ruiz Munilla,[115] el objetivo de las reformas es regular las acciones colectivas en materia económica, financiera y ambiental. En efecto, las leyes reformadas fueron el *Código Federal de Procedimientos Civiles*, el *Código Civil Federal*, la *Ley Federal de Competencia Económica*, la *Ley Federal de Protección al Consumidor*, la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, la *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente*, y la *Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*. Es decir, este paquete de reformas se refiere más a las acciones colectivas que pueden interponer consumidores, y no ciudadanos para la defensa de los derechos sociales. En el artículo mencionado de Ruiz Munilla se incluyen extractos de la participación del legislador Jaime Fernando Cárdenas García en la sesión de la Cámara de Diputados en que se conoció este paquete de reformas, donde señaló lo siguiente:

> No se permiten acciones colectivas, por ejemplo, en materia sindical; no se permiten acciones colectivas en materia político-electoral; no se permiten acciones colectivas en materia de derecho a la educación, en materia de derecho a la vivienda, a la salud. Es decir, los derechos sociales, los derechos económicos y culturales, casi están fuera de las acciones colectivas que se plantean en este dictamen.

Es decir, la inclusión de las acciones colectivas en la Constitución representan un avance hacia la posibilidad de hacer justiciables los derechos sociales, aunque las leyes reglamentarias ordenadas por la reforma al artículo 17 que han sido aprobadas por el Congreso de la Unión no abarcan lo suficiente para que las acciones colectivas operen en materia de derechos sociales.

Sin embargo, se han presentado dos avances adicionales de tremenda importancia. Nos referimos a las reformas constitucionales en materia de amparo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de julio de 2011, y en materia de derechos humanos, publicada en el mismo diario el 10 de junio de 2011.

En la primera de ellas, entre otras reformas, se modificó el artículo 107. La fracción I ahora establece que puede tener el carácter de agraviado "quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico". Es de destacarse la mención al interés legítimo colectivo y a la afectación de la esfera jurídica del quejoso en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

[115] Jesús Ruiz Munilla, "Las acciones colectivas en el derecho mexicano", en *El mundo del abogado*, año 14, núm. 147, julio de 2011, pp. 6 y siguientes.

Lo anterior conduce a la conclusión de que el agravio ya no tiene que producir una afectación inmediata y directa a la esfera jurídica individual del quejoso, sino que cualquier persona que alegue ser titular de un interés colectivo o estar en una situación especial frente al orden jurídico puede tener legitimación activa para interponer el juicio de amparo.

Con fecha 6 de junio de 2011 se reformaron los artículos 103 y 107 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* para incluir el concepto de interés legítimo de la siguiente manera:

> **Artículo 107.** Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:
>
> I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.
>
> Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa;

La reforma constitucional a que se refiere el inciso inmediato anterior entró en vigor 120 días después de publicado el decreto correspondiente, es decir, el 4 de octubre de 2011.

Como ha quedado asentado, el artículo 107 constitucional fue modificado con el fin de agregar el concepto de *interés legítimo*, sin perjuicio, desde luego, del mantenimiento del bien conocido concepto de interés jurídico. A continuación expresaremos lo que, en nuestra opinión, constituyen las diferencias básicas entre ambos conceptos, y la importancia que tiene distinguirlos claramente mediante una interpretación que, en términos prácticos, no confunda el interés legítimo con un simple interés jurídico colectivo.

Como es bien conocido y de explorado derecho desde hace décadas, el concepto de interés jurídico se relaciona directamente con el agravio o afectación adversa que un gobernado haya sufrido por cualquier acto de autoridad, sea este de efectos singulares y concretos, como los actos administrativos o las sentencias, o por normas de carácter general. Así pues, quien sufriera un agravio tiene "interés jurídico" personal para interponer el amparo.

No obstante, diversos precedentes judiciales establecieron como consecuencia que en ciertos casos, a pesar de que hubiera una afectación adversa en la esfera jurídica de algún individuo de un acto de autoridad que tuviere efectos no solamente para

lesionar a ese individuo en particular, sino a otros muchos, como pudiera ser una ley, entonces se declaraba el sobreseimiento del amparo, en virtud de que el efecto suspensivo del acto de autoridad respectivo no solamente beneficiaría al quejoso, sino a todas las demás personas que, a pesar de no haberse quejado, se verían favorecidas por la suspensión del acto reclamado. Existen múltiples precedentes al respecto, aunque para efectos meramente ilustrativos, y por la gran difusión que el caso tuvo en su momento, nos referiremos a la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en virtud de la cual decidió sobreseer el amparo promovido por un grupo de personas a las que se identificaba como "Los Intelectuales", encabezados por Federico Reyes Heroles (por "sentencia de sobreseimiento", en este contexto, se entenderá el texto del engrose de la sentencia dictada en el amparo en revisión 2021/2009, que en la sesión privada ordinaria celebrada el 20 de junio de 2011 aprobara el pleno de la SCJN).

Como se verá, la sentencia de sobreseimiento señala que se declara el sobreseimiento por la sencilla razón de que, de haberse concedido, no solamente se beneficiaría a los peticionarios, sino a toda la población. De conformidad con dicha sentencia, la población se vería beneficiada por las opiniones vertidas por los peticionarios en los medios electrónicos de comunicación en los que vertieran sus opiniones políticas sobre los candidatos o partidos en contienda política. Lo anterior, según los argumentos de la sentencia de sobreseimiento, vulneraría el principio de relatividad, que consistía en que las sentencias de amparo solamente benefician a los que lo interpongan, y no tienen efectos *erga omnes*. Dicha argumentación, como se explicará más adelante, restringe de manera importante el concepto de interés jurídico, por lo que, en tal virtud, se incluyó el nuevo concepto de interés legítimo, con el fin de que una sentencia de amparo pueda favorecer también a los miembros de una determinada colectividad, aunque solo una sola persona hubiera interpuesto la demanda de amparo.

A continuación se transcriben algunos de los párrafos más representativos de la sentencia de sobreseimiento:

> Para resolver la cuestión planteada se debe tener presente que la técnica rectora del juicio de garantías sí permite que, antes de examinar el fondo de un asunto, se anticipe cuál será el efecto de una eventual sentencia que conceda el amparo solicitado, ya que carecería de lógica y sentido práctico emprender el análisis de la constitucionalidad del acto reclamado, si de antemano se prevé que la restitución en el goce de la garantía individual violada resultaría inalcanzable.
>
> La previsión de los posibles efectos de la sentencia protectora tiene el propósito de evitar que con la reparación de la violación de garantías se produzca la infracción de otros principios o normas constitucionales y/o legales, pues el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes de dicha violación tampoco debe propiciar que la sentencia tenga efectos más allá del caso concreto que fue enjuiciado.

Por tanto, constituye una obligación del órgano jurisdiccional que conozca del juicio verificar que el fallo de fondo no implique un mero ejercicio especulativo sobre una posible violación de garantías individuales, sino que, en caso de que constate que efectivamente se incurrió en la infracción alegada, su decisión pueda tener la eficacia suficiente para restaurar el orden constitucional que se estime violado, pues la sentencia protectora además de proporcionar un estudio de los motivos por los cuales se incurrió en la lesión de garantías alegada, debe tener efectos vinculantes y restitutorios para volver las cosas al estado en que se encontraban antes de dicha infracción, pero sin beneficiar a nadie más que al propio quejoso...

De esta manera, el enlace armónico de los correspondientes preceptos ofrece el fundamento de una variedad de causas de improcedencia que tienden a preservar que, con el dictado de sus resoluciones, no se decreten decisiones de fondo manifiestamente contrarias a la naturaleza limitada del juicio de amparo, en tanto que el control constitucional que con él se ejerce está acotado por el principio de relatividad...

Lo anterior implica que en el caso concreto el efecto natural de una hipotética concesión del amparo estaría caracterizado por proporcionar un beneficio no solamente a quienes hubieran obtenido la protección constitucional, sino también a otras personas...

Si esto es así, el efecto de una potencial protección del amparo de la Justicia Federal conduce en forma inevitable a beneficiar económicamente a las personas dedicadas a la radio y la televisión que no formaron parte de la relación procesal, pero que necesariamente tendrán que ver con el cumplimiento de la ejecutoria...

Este imprescindible efecto de la sentencia protectora que en su caso llegara a dictarse, se traduce en una infracción al principio de relatividad que la rige, pues a pesar de que la desincorporación de la norma reclamada sólo debe beneficiar a quien pidió el amparo, en el caso concreto, merced a ella, se suman a su ámbito de protección otros sujetos, incluso con alcances mucho mayores a los que obtendrían los quejosos...

Por todo lo anterior, se estima que en la especie se surte la causa de improcedencia prevista en la fracción XVIII del artículo 73 de la Ley de Amparo, que establece que el juicio de amparo es improcedente en los casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley; en relación con los artículos 76 del mismo ordenamiento y 107, fracción II, de la Constitución Federal, que disponen que las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare; y, finalmente, en relación con el artículo 80 de la ley citada, interpretado en sentido contrario, el cual prevé que la sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija.

El concepto de interés jurídico que resulta de la argumentación anterior –emitido en una época distinta y con una normatividad diferente de la vigente– en estos momentos sería violatorio de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, y particularmente de la *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos*, según se demuestra a continuación:

La Corte Interamericana ha determinado lo siguiente respecto de la obligación de efectuar control de convencionalidad por parte de los órganos jurisdiccionales:

> 180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) **la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención** o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a **la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina "control de convencionalidad", según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos**.[116]

Precisamente la inclusión del nuevo concepto de interés legítimo en nuestro orden jurídico tiene como objeto y efecto que se modifiquen y amplíen los criterios anteriores. Entre otras importantes consideraciones de la inclusión del nuevo concepto de interés legítimo, se encuentra su estrecha relación con el abandono del principio de relatividad que se logró, aunque apenas de manera parcial, a través de la reforma constitucional en materia de amparo de fecha 6 de junio de 2011, ya que de otra forma se volvería imposible el que las sentencias de amparo pudieran tener ciertos efectos generales o expansivos, con efectos benéficos no solamente para quien hubiere interpuesto el amparo, sino también a los miembros de la colectividad que se vieren afectados por el acto reclamado.

En efecto, la Constitución, en la parte relevante de la fracción II del artículo 107, ahora prevé lo siguiente:

> Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

[116] Caso *Eliodoro Portugal v Panamá*, serie C, número 186. Sentencia de fecha 12 de agosto de 2008. (Las negritas son nuestras.)

> Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

¿Cómo sería posible que se lograra una segunda sentencia que declare la inconstitucionalidad (o la inconvencionalidad) de una norma de carácter general, si se aplicaran los criterios que imperaban de manera previa a la reforma? A saber, que "la desincorporación de la norma reclamada sólo debe beneficiar a quien pidió el amparo, en el caso concreto, merced a ella, se suman a su ámbito de protección otros sujetos, incluso con alcances mucho mayores a los que obtendrían los quejosos"; "la potencial declaración de inconstitucionalidad tendría un efecto expansivo más allá de la esfera jurídica de los quejosos". El efecto útil al que se refiere la Corte Interamericana en la cita precedente es el que creemos debe normar este tipo de asuntos. Con tal criterio de aplicación, se volvería imposible, en innumerables casos, lo que en México se conoce como el control difuso de regularidad, que consiste en la desaplicación en el caso concreto de una norma contraria a la Constitución o a la Convención. ¿Cómo desaplicar una norma que prohibiera que en los parques públicos se interpreten piezas musicales, si el juez, al desaplicar la norma, no pudiera impedir que terceros distintos a los peticionarios escuchen la música?

En estricta relación con los anteriores avances en la materia, es importante señalar que la Corte Interamericana, en el caso *Radilla Pacheco vs. México*, le ordenó a México, lo siguiente:

> 339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de 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 mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos**. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[117]

[117] Las negritas son nuestras.

La SCJN y los órganos del Poder Judicial de la Federación se encuentran facultados para aplicar los anteriores principios señalados claramente por la Corte Interamericana, de manera evolutiva y progresiva, como la misma Corte Interamericana considera que deben aplicarse los tratados sobre derechos humanos.

En efecto, sobre la naturaleza expansiva, evolutiva y progresiva de los tratados sobre derechos humanos, la Corte Interamericana ha expresado, en su Opinión Consultiva OC-16/99, lo siguiente:

> 114. Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989),[118] como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos Tyrer versus Reino Unido (1978),[119] Marckx versus Bélgica (1979),[120] Loizidou versus Turquía (1995),[121] entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.
>
> 115. El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.

En lo que respecta a la aplicación de la norma más favorable a la persona humana, o principio *pro persona*,[122] a la que ya hemos hecho referencia ampliamente en páginas anteriores, la Corte Interamericana ha señalado lo siguiente:

[118] En lo que se refiere a la Declaración Americana, la Corte ha declarado que "a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que [ésta] contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta [de la Organización] se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar [esta última] en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes en ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración. (*Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A, No. 10; párr. 43)." De esta manera, la Corte ha reconocido que la Declaración constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados de nuestra región, las cuales también pueden ser interpretadas en el marco de la evolución del "derecho americano" en esta materia.

[119] *Eur. Court HR, Tyrer v. United Kingdom judgment of 25 April 1978, Series A no. 26*; pp. 15 y 16, párrafo 31.

[120] *Eur. Court HR, Marckx case, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31*; p. 19, párrafo 41.

[121] *Eur. Court HR, Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections) judgment of 23 March 1995, Series A no. 310*; p. 26, párrafo 71.

[122] Principio que como ya mencionamos ha adquirido rango constitucional mediante la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

52. La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de:

limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.[123]

Precisamente la inclusión del concepto de interés legítimo ahora contenido en nuestro orden jurídico tiene por objeto evitar los nocivos efectos de un concepto de interés jurídico que no solo exige que el quejoso sea afectado directamente y en forma adversa o agraviante en su esfera jurídica, sino además que el efecto benéfico que pudiera acarrear la sentencia solamente lo beneficie a él y a nadie más. En tal virtud, la fracción I del artículo 107 constitucional ahora establece:

I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter **quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo**, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.[124]

Es decir, conforme al nuevo concepto de interés legítimo, una sola persona que aduzca ser titular de un derecho de naturaleza colectiva puede interponer el amparo, y este no puede ser sobreseído simplemente porque el efecto de la sentencia pudiera beneficiar a una determinada colectividad integrada por personas que no hubieren interpuesto el amparo.

Sin embargo, la cuestión a dilucidar ahora no es solamente el innegable derecho que tiene cualquier gobernado a interponer un amparo que, en caso de ganar, lo beneficiaría a él, y tal vez a otras personas, sino si una determinada persona "en virtud de su especial situación frente al orden jurídico" tiene interés legítimo.

Es decir, postulamos que el interés legítimo lo tiene no solamente aquel que es titular de un derecho que se ve adversamente afectado por un acto de autoridad, sino

[123] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de los periodistas (Artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5, párrafos 51 y 52.

[124] Las negritas son nuestras.

también quien es titular de un "interés", siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, simplemente en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. En consecuencia, una persona puede no ser titular directo de un derecho adversamente afectado y aun así tener interés legítimo. Leamos en este contexto nuevamente la fracción I del artículo 107:

> I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter **quien aduce ser titular... de un interés legítimo individual o colectivo**, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica... en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Consideramos que el concepto de interés legítimo beneficia principalmente a las organizaciones de la sociedad civil que se dedican a la defensa y promoción de los derechos humanos, ya sea en general, o a ciertos derechos en particular, o de grupos humanos en específico. Tal fue el caso de la asociación Aprender Primero, A.C., quien promovió un amparo aduciendo interés legítimo, y que finalmente fue resuelto el 11 de marzo de 2015 por la Primera Sala de la SCJN, en el sentido de reconocerle dicho interés a tal asociación civil, como lo veremos más adelante. Esta es precisamente la especial situación que frente al orden jurídico tienen las organizaciones civiles de defensa y protección de los derechos humanos, quienes tienen por objeto, no la defensa de sus propios derechos, sino la de terceras personas o grupos, muchas veces no identificados individualmente, sino de forma "abstracta".

Por mencionar un ejemplo, tal es el caso de las asociaciones civiles dedicadas a la protección y defensa de los derechos de la infancia. No es que defiendan los derechos de niños y niñas individuales y concretas, sino que en su lucha pretenden salvaguardar los derechos de todas las personas integrantes de ese grupo humano, y eso es precisamente lo que las coloca en una especial situación frente al orden jurídico. Una organización dedicada a la defensa de los derechos de la niñez que tenga en su objeto social, por ejemplo, la protección del derecho a una alimentación adecuada, podría impugnar con interés legítimo, por la vía del amparo, una norma general o un acto de autoridad administrativa que, por ejemplo, fomentara el consumo inmoderado de alimentos y bebidas con alto contenido calórico.

Es obvio que una medida de tal carácter no afecta el derecho a una alimentación adecuada de la organización civil, pues no está en su naturaleza el consumir alimentos, pero no por ello no se ve afectada en su esfera jurídica, pues su objeto es la protección y defensa del derecho a una alimentación adecuada por parte de la niñez. Sería absurdo sobreseer el amparo interpuesto por dicha organización simplemente porque la sentencia en cuestión no la "beneficiaría directamente". Por ello el interés legítimo, actualmente reconocido por la Constitución, no solamente abarca la

posibilidad de que alguien interponga un amparo que lo beneficiaría a él directamente y a otros, sino que además es posible que el efecto benéfico se produzca en la esfera jurídica del quejoso al ver satisfecho su objeto social, consistente en la protección y defensa de los derechos de otros, y por ese hecho tener interés legítimo.

En ese sentido, la creación de las organizaciones civiles, en cualquiera de sus modalidades (asociaciones civiles, instituciones de asistencia privada, etc.), obedece precisamente al cumplimiento de su objeto. Es decir, en el caso concreto de las instituciones creadas para la protección de los derechos humanos, es precisamente la defensa de dichos derechos su razón de existir y eso es lo que las coloca en una especial posición dentro del orden jurídico. Su situación jurídica ante la violación de derechos humanos que protegen es diferente al resto de la población, pues no todos los ciudadanos o personas tienen como única finalidad y razón de existir dicha defensa. La afectación que las organizaciones de esta naturaleza sufren en su esfera jurídica con las violaciones de los derechos humanos que protegen es precisamente en la realización de su objeto social (la consecución o no del fin que persiguen), que al ser lícito es la expresión concreta del derecho humano de asociación.

Hay que resaltar que el origen del derecho de asociación en estos casos es precisamente la voluntad de ciertas personas de reunirse, de manera no transitoria, para realizar un fin común (específico) que no tiene un carácter preponderantemente económico. Esa voluntad especial, a diferencia de otras personas, fue expresada de manera formal a través del acto jurídico de constitución de una persona moral distinta a sus creadores precisamente para lograr el fin concreto del respeto hacia ciertos derechos humanos. Los beneficios del amparo repercutirán necesariamente en la esfera jurídica a que hemos hecho referencia de estas personas morales en concreto que las coloca en una posición respecto de las demás personas dentro del orden jurídico.

Es por ello que en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos las entidades no gubernamentales tienen legitimación activa para interponer denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante todo el proceso en dicha instancia y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en defensa, por ejemplo, de pueblos indígenas. Tal es la situación, por mencionar un ejemplo, del caso *Yatama vs. Nicaragua*, en el que la Comisión emitió el informe de admisibilidad número 125/01, caso 12.388 del 26 de abril de 2001, reconociendo como organizaciones no gubernamentales peticionarias/copeticionarias a la organización Yapti Tasba Masraka Nanih Asia Takanka (Yatama), al Centro Nicaragüense de Derechos Humanos (Cenidh) y al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil).[125]

[125] El informe de admisibilidad puede consultarse en la página de Internet: http://www.cidh.org/annualrep/2001sp/Nicaragua12388.htm

En efecto, el artículo 44 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* establece lo siguiente: "Cualquier persona o grupo de personas, *o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte*."

A manera de conclusiones, puede decirse:

1. El interés jurídico, en su concepción original, requiere que el acto de autoridad reclamado tenga un efecto adverso o agraviante en el demandante.

2. El interés jurídico, en su aplicación hasta antes de la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de amparo del 6 de junio de 2011, permitía la aplicación de una causal de sobreseimiento cuando el posible efecto de una sentencia favorable de amparo no beneficiara solamente al quejoso, sino que pudiera expandir los efectos de la sentencia a personas distintas al demandante, con lo que se relacionaba íntimamente el concepto de interés jurídico con el principio de relatividad.

3. El interés legítimo para promover un juicio de amparo conforme al texto vigente de la fracción I del artículo 107 constitucional, es el que tiene una persona física o moral en virtud de su especial situación frente al orden jurídico, cuando un acto de autoridad pueda afectar la esfera jurídica del promovente, aunque dicha afectación no constituya una violación directa de un derecho humano del promovente, sino la violación directa o indirecta de derechos humanos de terceros, y por tanto el potencial efecto benéfico de la sentencia de amparo no recaiga directamente en los derechos del promovente, aunque sí en su esfera jurídica, pero también en los derechos de terceros.

Suponer que solo pueden proceder los amparos que beneficien con la sentencia los "derechos directos" de los promoventes haría nugatoria la reforma constitucional, pues estaríamos equiparando en realidad el concepto de interés jurídico y el legítimo, siendo que este último solamente pasaría a ser un supuesto de procedencia de la demanda de amparo, mas no así una ampliación del espectro de protección de dicha ley.

1. El artículo 44 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* reconoce el derecho de acción ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por parte de entidades no gubernamentales para la defensa de derechos humanos reconocidos en dicha Convención. Ese derecho, por estar reconocido en un tratado internacional del que México es parte, tiene rango constitucional, y se ha incorporado al nuevo parámetro de regularidad constitucional y convencional, de conformidad con la resolución de la SCJN adoptada el 3 de septiembre de 2013.

2. Por último, es importante hacer notar que este cambio trascendental y de apoyo a la protección de los derechos humanos ha sido adoptado por la propia SCJN, tal como se señaló en el comunicado 165/2013, de fecha 30 de agosto de 2013, titulado "La SCJN y la corte IDH asumen su responsabilidad de reparar las violaciones a los derechos humanos", del cual se recoge lo siguiente:

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), asumen su responsabilidad en la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en el ámbito de sus competencias con más y mejores herramientas y, con ello, dar un paso más para lograr ese objetivo.

Así lo afirmó el Presidente del Alto Tribunal Constitucional y del Consejo de la Judicatura Federal (CJF), Ministro Juan N. Silva Meza, al dar a conocer la celebración del próximo 48º Periodo Extraordinario de Sesiones de la Corte IDH, que se llevará a cabo en la ciudad de México, entre el 7 y 11 de octubre próximo.

En conferencia de prensa, en la que estuvo acompañado por el Presidente de la Corte IDH, Juez Diego García Sayán, **el Ministro Silva Meza subrayó que ambos Tribunales coordinan esfuerzos de manera cotidiana para fortalecer sus relaciones y para profundizar en el conocimiento del derecho y la difusión de la cultura jurídica en beneficio de una mejor impartición de justicia**.

Dejó en claro que la SCJN mantiene con el Alto Tribunal Interamericano una relación de apoyo y de cooperación, **en aras de una mejor implementación de justicia y la protección irrestricta y cabal de los derechos humanos**. . .

Hemos propiciado –dijo– que estén presentes en sus audiencias los operadores de la justicia nacional, federales y locales, para efecto de apoyar precisamente en la construcción de una mejor cultura, en particular de los derechos humanos. Asimismo, abundó, **la presencia de la Corte Interamericana es de suma relevancia, en virtud de que para este Tribunal Constitucional, se viene a confirmar la solidez del diálogo jurisprudencial que ya se ha establecido entre las dos instituciones**.

Recordó que la nueva Época del Tribunal Constitucional mexicano coincide con una nueva época de las relaciones entre la Corte IDH y la SCJN. "**A partir de la llamada Sentencia Radilla, que significó la novación del sistema de impartición de justicia para el país, donde todos los jueces mexicanos, en acatamiento a las obligaciones que nos comprometen en el sistema interamericano, habremos de hacer valer los derechos humanos de todas las personas en el ámbito de nuestras respectivas competencias**", destacó...

Previamente, el Presidente de la Corte IDH, Juez Diego García Sayán, manifestó que para la Corte Interamericana es realmente un privilegio y un honor realizar este periodo extraordinario de sesiones en la Ciudad de México, ya que, agregó, "hemos visto de cerca el extraordinario trabajo que ha venido desarrollando el pueblo y las instituciones mexicanas, y en particular, **la Suprema Corte de Justicia de la Nación para avanzar en este diálogo entre la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia internacional dentro del común propósito de la protección plena de los derechos humanos**"...

La SCJN, como se dijo antes, resolvió favorablemente la admisión del amparo promovido por la asociación civil Aprender Primero, A.C., reconociéndole interés legítimo, y se generó la tesis siguiente:[126]

> INTERÉS LEGÍTIMO DE ASOCIACIONES CIVILES EN DEFENSA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN. EL JUZGADOR DEBE ANALIZAR EL DERECHO CUESTIONADO A LA LUZ DE LA AFECTACIÓN RECLAMADA PARA DETERMINAR LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. De conformidad con lo que estableció el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia P./J. 50/2014 (10a.), de título y subtítulo: "INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).", para la procedencia del juicio de amparo debe tomarse en cuenta la existencia de un vínculo entre ciertos derechos fundamentales y una persona que comparece en el proceso, la cual no requiere de una facultad otorgada expresamente por el orden jurídico, sino de la aptitud de expresar un agravio diferenciado al resto de los integrantes de la sociedad, al tratarse de un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, por medio del cual pueda reclamar a los poderes públicos que actúen acorde con el ordenamiento; de ahí que con la concesión del amparo debe lograrse un efecto positivo en su esfera jurídica, ya sea actual o futuro pero cierto, como resultado inmediato de la resolución que, en su caso, llegue a dictarse. Así, tratándose del interés legítimo de asociaciones civiles en defensa de derechos colectivos, el juzgador debe realizar un estudio integral de la naturaleza del derecho, el objeto social de la asociación y la afectación que se alega. Por tanto, cuando una persona jurídica alega la transgresión del derecho a la educación por parte de las autoridades estatales, no procede sobreseer en el juicio por considerar exclusivamente que los reclamos tienen por efecto salvaguardar la constitucionalidad y la legalidad del ordenamiento, sino que es necesario analizar la pretensión aducida a la luz del derecho cuestionado, para determinar la forma en la que dicho reclamo trasciende a la esfera jurídica de la quejosa, en virtud de que el amparo tendrá por objeto reparar la violación a su esfera jurídica.

En este mismo sentido se pronunció la Primera Sala al resolver el amparo (AR 152/2013), en el que confirmó "el interés legítimo en caso de que se alegue la discriminación indirecta de una norma en su porción valorativa, sin que medie acto de aplicación…"[127]

Otro avance contenido en esta misma reforma lo constituye el hecho de que con las condiciones previstas en el nuevo artículo 107, fracción II, las sentencias de amparo podrán tener efectos derogatorios, como ya se ha mencionado líneas arriba, de

[126] Primera Sala, Amparo en revisión 323/2014. Aprender Primero, A.C. y otra. 11 de marzo de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Ricardo Antonio Silva Díaz. Nota: La tesis de jurisprudencia P./J. 50/2014 (10a.) citada, aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* del viernes 14 de noviembre de 2014 a las 9:20 horas y en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 12, Tomo I, noviembre de 2014, Página 60.

[127] Geraldina González de la Vega, "Discriminación e interés legítimo, la construcción de un nuevo estándar", *Nexos*, 11 de junio de 2014, http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?tag=amparo-en-revision-1522013. Consulta hecha el 19 de noviembre de 2015.

normas secundarias que resulten inconstitucionales. En efecto, dicha fracción prevé en este sentido lo siguiente:

> II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.
>
> Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.
>
> Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.
>
> Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.

Esta disposición se aleja parcialmente, y en el sentido correcto, del principio de relatividad o "Cláusula Otero". Con ello se dará protección a la población en general en contra de normas generales que podían seguir afectando la esfera jurídica de ciudadanos que no hubieren interpuesto el juicio de amparo, lo que vendrá a fortalecer no solamente los derechos sociales, sino todos los derechos humanos que pudieran ser vulnerados por normas de carácter general.

Individuo o persona

El artículo 1º constitucional, hasta antes de la reforma del 11 de junio de 2011, hacía referencia a "todo individuo". El texto se leía así: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará…"

El texto actualmente en vigor, derivado de la ya mencionada reforma del 11 de junio de 2011, quedó así: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán..."

Aunque parezca increíble, esta modificación provocó todo tipo de discusiones y disparates entre comentaristas jurídicos, y lo peor del caso, incluso entre juzgadores, como lo explicaremos después.

Tengo la convicción de que el motivo fundamental y, diría yo, único del cambio de "individuo" por "personas", era simplemente la intención de utilizar un vocablo que conjugara en femenino, pero que, a su vez, incluyera a todas las personas físicas, es decir, tanto hombres como mujeres, de cualquier edad o nacionalidad, así como a personas

morales. Pero sobre todo, la intención era utilizar un lenguaje incluyente, con perspectiva de género, bajo la premisa de que es siempre preferible utilizar una palabra que no esté conjugada en masculino, para ser incluyente y respetuoso de las mujeres, principalmente. *Individuo* conjuga en masculino. *Persona*, en femenino. Ambos incluyen a hombres y a mujeres, pero se prefirió usar el vocablo conjugado en femenino. Esa, estoy convencido de ello, fue la única razón por la cual se optó por realizar este cambio de vocablos. Lo que es más, utilizar el concepto "todas las personas", sin hacer distingos, provocaría la aplicación del principio de interpretación jurídica que establece que donde la ley no distinga no se debe distinguir. Y al hablar de todas las personas y no distinguir, por ejemplo, entre personas físicas y personas morales, debía entenderse que el precepto abarcaría tanto a personas físicas como a personas morales, a niñas y niños, a mujeres y hombres, etc. Es decir, a todas las personas.

La palabra *individuo* también abarcaba a todas las personas, no obstante que, según la Real Academia Española, es sinónimo de "persona". Pero, sin duda, la persona *individuo* se refiere a la persona humana, a la "substancia *individual* de naturaleza racional". En principio, la palabra *individuo* no abarcaría las personas morales, que son una creación del derecho y no de la naturaleza. Sin embargo, esta dificultad terminológica fue superada desde hace décadas por la doctrina mexicana,[128] dado que, para efectos del ejercicio de la acción de amparo, la jurisprudencia resolvió que las personas morales tenían plena legitimidad para su ejercicio. Más aún, la Ley de Amparo de 1936, en su artículo 9, expresamente se refería al amparo promovido por personas morales.

Dormíamos perfectamente tranquilos sabiendo que la persona *individuo* no era óbice para que las personas morales que sufrieren un agravio derivado de un acto de autoridad pudieran defenderse por la vía del amparo. Sin embargo, como ya dijimos, hubo pronunciamientos en el sentido de que el cambio de "individuo" a "todas las personas", unido al hecho de que, según esos comentaristas, la referencia en el artículo 1º constitucional a los tratados internacionales, tendría como efecto que las personas morales quedaran excluidas del goce de los derechos a que se refiere dicho artículo, dado que el artículo 1, segundo párrafo, de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, dice que para efectos de la Convención, por "persona" se entenderá "todo ser humano".

En tal sentido se pronunció el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Séptimo Circuito, en el amparo directo 647/2012:[129]

[128] Véase Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 1992, p. 261.

[129] Amparo directo 647/2012. Grupo Setemi de Veracruz, S.A. de C.V. 6 de diciembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: Manuel Esteban Sánchez Villanueva.

> Sobre la base de que toda persona física es titular de derechos humanos, se deriva que el reconocimiento de éstos es una consecuencia de la afirmación de la dignidad humana, por lo que no puede actualizarse violación a aquéllos respecto de una persona moral, pues ésta constituye un ente ficticio y, por ende, carente del factor relativo a la dignidad humana, siendo éste el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos; valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce como calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente, de manera que, partiendo de un análisis básico, al contextualizar las dos unidades semánticas que componen la expresión "derechos humanos", la primera palabra está utilizada como la facultad que le asiste a una persona y, la segunda, alude a que la única propiedad que ha de satisfacerse para ser titular de estos derechos es la de pertenecer a los seres humanos, lo que significa que excluye a las personas morales.

El argumento anterior resulta completamente absurdo, aunque no carente de mucha creatividad, perniciosa y destructiva. Resulta absurdo por las razones siguientes:

En primer lugar, suponiendo sin conceder que la referencia a la persona humana en la Constitución o en la Convención Americana excluyera a las personas morales de los beneficios derivados de la Constitución o de dicha Convención, con todo lo que ello implica, no querría decir que en México, en donde la cuestión estaba superada desde hace décadas, pudiera entenderse que el reformador constitucional tuvo la intención de adoptar una medida legislativa regresiva, cuando él mismo, más adelante, en el mismo artículo 1º, incluye de manera expresa tanto el principio de progresividad como el principio pro persona (mismos principios que se explican más adelante).

En segundo lugar, no obstante que los órganos encargados de interpretar la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, particularmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, habían negado el acceso al sistema interamericano de protección de los derechos humanos al considerar, en el caso Banco de Lima, que el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las disposiciones del artículo 1 (2) proveen que "para los propósitos de esta Convención, 'persona' significa todo ser humano", y que por consiguiente el sistema de protección de los derechos humanos en este hemisferio se limita a la protección de personas naturales y no incluye personas jurídicas",[130] más adelante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó una interpretación progresiva, evolutiva, pro persona, en el caso *Cantos vs. Argentina*. La sentencia en este caso sobre objeciones preliminares señaló lo siguiente:

> 29. Esta Corte considera que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo no. 1 a la Convención Europea de

[130] Informe 10/91, Caso 10.169, Perú, 22 de febrero de 1991; https://www.cidh.oas.org/annualrep/90.91sp/Peru10169.htm. Consulta hecha el 19 de noviembre de 2015.

> Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho. No obstante, vale hacer una distinción para efectos de admitir cuáles situaciones podrán ser analizadas por este Tribunal, bajo el marco de la Convención Americana. En este sentido, ya esta Corte ha analizado la posible violación de derechos de sujetos en su calidad de accionistas.[131]

Es de reconocerse que las maniobras argumentativas de la Corte, orientadas a reconocer la legitimidad de las personas morales para acceder al sistema y beneficiarse de los derechos consagrados en la *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos*, parte, sin duda, de la existencia de personas humanas, que están detrás de las personas morales. Pero el efecto final es que, en este caso, la Corte reconoció que una persona moral puede ser beneficiaria del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Pero aun cuando esto no hubiera sido así, y la Corte hubiera adoptado la misma posición asumida por la Comisión en el caso del Banco de Lima ya señalado,[132] esto no hubiera querido decir que la reforma constitucional del 11 de junio de 2011 hubiera tenido como intención excluir a personas morales que desde hacía décadas se encontraban bajo el manto de protección de las "garantías individuales" y del acceso al juicio de amparo, pues con base en el principio de progresividad, incluido expresamente por el poder reformador, no es permisible adoptar medidas regresivas. Es decir, aunque las personas morales mexicanas no tuvieren acceso al sistema interamericano, ello no querría decir que por tal causa dejarían, de un plumazo, de tener acceso al amparo. Nada sería más absurdo.

Por suerte, esta ridícula discusión quedó superada para bien cuando la Ley de Amparo ahora vigente reiteró lo ya bien sabido, es decir, que las personas morales pueden ser víctimas de violaciones de derechos humanos, y que pueden ejercer la acción del amparo.

Resulta obvio que cuando decimos que las personas morales pueden ser víctimas de violaciones de derechos humanos, lo afirmamos exclusivamente respecto de los derechos humanos que son susceptibles de ser gozados por las personas morales, en virtud de su naturaleza de entidades con personalidad jurídica, pero que no son personas humanas. Es evidente que una persona moral nunca podrá ser víctima de tortura, desaparición forzada o ejecución arbitraria, pero claro que podrá ser víctima de

[131] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cantos vs. Argentina,* sentencia del 7 de septiembre de 2001 (*Excepciones preliminares*).

[132] Véase la nota 130, supra.

la violación a sus derechos de libertad de asociación, del derecho a la propiedad, del derecho, incluso, a la libertad de expresión, por solo mencionar algunos.

Por fortuna, el Poder Judicial mexicano ha adoptado la postura de reconocimiento de los derechos humanos de las personas morales que, evidentemente, estén acordes con su naturaleza. Por ejemplo, podemos citar las tesis siguientes:

> PERSONAS MORALES. AL RECONOCÉRSELES COMO TITULARES DE DERECHOS HUMANOS PUEDEN ACUDIR AL JUICIO DE AMPARO EN EL NUEVO SISTEMA CONSTITUCIONAL (REFORMAS CONSTITUCIONALES PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 6 Y 10 DE JUNIO DE 2011).[133] La interpretación sistemática, teleológica y progresiva de los artículos 1o., 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos conduce a sostener que el Poder Reformador amplió el objeto de protección que brinda nuestra Constitución, estableciendo como derechos mínimos de los que deben gozar las personas que se encuentren en territorio nacional los derechos humanos consagrados en el propio texto constitucional y los establecidos en los tratados internacionales de los que nuestra Nación es parte. En el nuevo diseño constitucional se hace explícita la existencia de garantías que tutelan su protección. Así, el juicio de amparo se erige como la vía jurisdiccional con que cuentan los gobernados para acudir ante los tribunales federales, a fin de que, en sede nacional, una instancia judicial analice si con la expedición de una norma de carácter general, un acto u omisión de la autoridad se vulneran derechos humanos. Esto se corrobora con el proceso legislativo de las reformas correspondientes, de donde se advierte que no fue voluntad del legislador excluir a las personas morales del acceso al juicio de amparo, pues lejos de ello, se les reconoció, por ampliación, como sujetos titulares de tales derechos, en lo que les resulte aplicable. Lo anterior incluso es acorde con la jurisprudencia internacional, tal como se colige de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cantos contra Argentina. De lo contrario, sostener que el juicio de amparo es improcedente tratándose de las personas morales, implicaría quitar a dichos sujetos una vía de protección que la propia Constitución y la Ley de Amparo, previo a las reformas de junio de dos mil once, les otorgaban, lo que conduciría a realizar una interpretación restrictiva sin sujetarse al mandato de buscar la protección más amplia en materia de derechos humanos, como lo ordena el párrafo segundo del numeral 1o. de la Carta Magna, además de vulnerar el principio de progresividad, ahora consagrado en el párrafo tercero de dicho precepto constitucional e ir en contra de la finalidad buscada por el Poder Reformador.

[133] Décima Época, Registro: 2003341, Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Localización: Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3, Materia(s): Constitucional, Civil, Tesis: VII.2o.C. J/2 (10a.), Página 1902 [J]; Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3, Página 1902. Amparo directo 464/2012. Servicio Armlo, S.A. de C.V. 8 de noviembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Ezequiel Neri Osorio. Secretario: Mario de la Medina Soto. Amparo directo 625/2012. Caja Popular Mexicana, S.C. de Ahorro y Préstamo de R.L. 8 de noviembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Ezequiel Neri Osorio. Secretario: Eduardo Castillo Robles. Amparo directo 702/2012. Calpan S.A. de C.V. 15 de noviembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretaria: Griselda Sujey Liévanos Ruiz. Amparo directo 651/2012. Fortes Fernández S.C. y otro. 15 de noviembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Pedro Alcántara Valdés. Secretaria: Katya Godínez Limón. Amparo directo 645/2012. 15 de noviembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretaria: Rubí Aguilar Lasserre.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO

PERSONAS JURÍDICAS. SON TITULARES DE LOS DERECHOS HUMANOS COMPATIBLES CON SU NATURALEZA.[134] Del preámbulo y del contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se advierte, en principio, que los derechos que reconoce son sólo los inherentes a la persona humana, pues aquél hace referencia expresa a los "derechos esenciales del hombre", y el artículo 1, numeral 2, del propio ordenamiento, prevé que persona es todo ser humano. Por otra parte, la reforma al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, constituye un cambio de paradigma en el orden jurídico nacional, pues dicho precepto ahora dispone que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la propia Norma Fundamental y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, lo cual implica reconocer a los tratados referidos a derechos humanos un carácter particular, equiparable a las normas constitucionales, conformando un nuevo bloque de constitucionalidad, en la medida en que aquéllos pasan a formar parte del contenido de la Constitución, integrando una unidad exigible o imponible a todos los actos u omisiones que puedan ser lesivos de derechos fundamentales. En estas condiciones, si bien es cierto que el Órgano Reformador de la Constitución no dispuso expresamente como titulares de los derechos consagrados en ella a las personas jurídicas, como sí se hace en otras normas fundamentales e instrumentos internacionales como la Constitución Alemana o el Protocolo No. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, también lo es que el texto constitucional citado alude lisa y llanamente al término "personas", por lo que de una interpretación extensiva, funcional y útil, debe entenderse que no sólo se orienta a la tutela de las personas físicas, sino también de las jurídicas, en aquellos derechos compatibles con su naturaleza, como los de acceso a la justicia, seguridad jurídica, legalidad, propiedad y los relativos a la materia tributaria, entre otros, máxime que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido explícitamente, en el caso Cantos vs. Argentina, que las personas jurídicas, en determinados supuestos, son titulares de los derechos consagrados en el Pacto de San José, al reconocer el de constituir asociaciones o sociedades para la consecución de un determinado fin y, en esta medida, son objeto de protección. Además, México ha suscrito un sinnúmero de pactos internacionales en los que ha refrendado el compromiso de respetar los derechos humanos en su connotación común o amplia, lo que incluye la relación y sentido que a la institución se atribuye en el ámbito nacional, pero también el reconocido en otras latitudes, reforzando el corpus iuris aplicable que, como bloque de constitucionalidad, recoge la Constitución Mexicana y amplía o complementa a convenciones, en particular a la inicialmente mencionada. Refuerza lo anterior el hecho de que a partir de la nueva redacción del artículo 1o. constitucional y de la sentencia dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo del acatamiento a lo ordenado en el caso Radilla Pacheco, registrada bajo el número varios 912/2010, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro I, Tomo 1, octubre de 2011, página 313, las normas relativas a los derechos humanos deben interpretarse de la forma más benéfica para la

[134]Décima Época, Registro: 2001402, CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Localización: Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, Materia(s): Constitucional, Tesis: I.4o.A.2 K (10a.) Página 1875 [TA]; Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, Página 1875.

persona, lo que implica que no necesariamente hay una jerarquía entre ellas, sino que se aplicará la que ofrezca una protección más amplia; en esta medida, si diversos instrumentos internacionales prevén como titulares de derechos humanos a las personas jurídicas, debe seguirse esta interpretación amplia y garantista en la jurisprudencia mexicana.

PERSONAS MORALES O JURÍDICAS. DEBEN GOZAR NO SÓLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUIDOS POR LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES, Y DE LAS GARANTÍAS PARA SU PROTECCIÓN, SIEMPRE Y CUANDO ESTÉN ENCAMINADOS A PROTEGER SU OBJETO SOCIAL, SINO TAMBIÉN DE AQUELLOS QUE APAREZCAN COMO MEDIO O INSTRUMENTO NECESARIO PARA LA CONSECUCIÓN DE LA FINALIDAD QUE PERSIGUEN.[135] Las personas morales o jurídicas son sujetos protegidos por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que deben gozar de los derechos fundamentales constituidos por los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, siempre y cuando sean acordes con la finalidad que persiguen, por estar encaminados a la protección de su objeto social, así como de aquellos que aparezcan como medio o instrumento necesario para la consecución de la finalidad referida. Lo anterior es así, porque en la palabra "personas", para efectos del artículo indicado, no sólo se incluye a la persona física, o ser humano, sino también a la moral o jurídica, quien es la organización creada a partir de la agrupación voluntaria de una pluralidad de personas físicas, con una finalidad común y una identidad propia y diferenciada que trasciende la de los individuos que la integran, dotada de órganos que expresan su voluntad independiente de la de sus miembros y de un patrimonio propio, separado del de sus integrantes, a la que el ordenamiento jurídico atribuye personalidad y, consecuentemente, reconoce capacidad para actuar en el tráfico jurídico, como sujeto independiente de derechos y obligaciones, acorde al título segundo del libro primero del Código Civil Federal, al artículo 9o. de la Carta Magna y conforme a la interpretación de protección más amplia que, en materia de derechos humanos se autoriza en el párrafo segundo del artículo 1o. constitucional. Sin que sea obstáculo que los derechos fundamentales, en el sistema interamericano de derechos humanos, sean de los seres humanos, pues tal sistema no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que otorga una protección coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos, por lo que una vez arraigados los derechos humanos en el derecho constitucional propio y singular del Estado Mexicano, éstos se han constituido en fundamentales, y su goce, así como el de las garantías para su protección, ha sido establecido por el propio derecho constitucional a favor de las personas y no sólo del ser humano.

Finalmente, la misma SCJN, al resolver una contradicción de tesis con número 360/2013, entre las que se encontraba la del Segundo Tribunal en Materia Administrativa del Séptimo Circuito y que se cita líneas arriba, se pronunció a favor de la titularidad de los derechos por personas morales.

[135] Décima Época, Registro: 2001403, QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA QUINTA REGION. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Localización: Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, Materia(s): Constitucional, Común, Tesis: XXVI.5o. (V Región) 2 K (10a.), Página 1876 [TA]; Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, Página 1876.

> El 21 de abril de 2014, el Tribunal en Pleno de la SCJN analizó el proyecto que presentó la Ministra ponente en el que se consideró existente la contradicción de criterios denunciada, al estimar que los tribunales colegiados involucrados se ocuparon de la misma cuestión jurídica arribando a conclusiones diversas.
>
> Por otra parte, en relación con la cuestión de fondo, se propuso reconocer que las personas jurídicas sí son titulares de derechos fundamentales, pero no de todos, sino sólo de aquellos que resulten necesarios para la realización de sus fines, para proteger su existencia, identidad y asegurar el libre desarrollo de su actividad.
>
> Es decir, las personas jurídicas, no podrán gozar de los derechos humanos que presupongan características intrínsecas o naturales del hombre.[136]

Por tanto, el cambio de las palabras "todo individuo" por "todas las personas" no implicó ningún cambio sustantivo, sino que simplemente se realizó con la intención de utilizar un lenguaje incluyente y respetuoso, particularmente de las mujeres.

El principio *pro persona*

La reforma constitucional de junio de 2011 agregó un segundo párrafo al artículo 1º que dice: "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."

Más allá de la desafortunada redacción de la expresión "favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia", lo que este precepto hizo fue explicitar el "principio *pro homine*" o mejor llamado "principio *pro persona*".

El principio *pro persona* ya se encontraba incluido en la Constitución en por lo menos tres ocasiones, aunque de manera implícita, y lo único que vino a hacer la reforma constitucional fue explicitarlo. No es que esta reforma haya incluido este principio como algo novedoso a nuestro derecho.

Este principio de aplicación de la ley más favorable a la persona, o principio *pro homine*, tiene aplicación en el derecho penal, en el apotegma que reza *in dubio pro reo*, y en el derecho laboral, en donde se enuncia *in dubio pro operario.* En el derecho constitucional mexicano, este aforismo jurídico puede deducirse de varias disposiciones.

En primer lugar, del artículo 1º constitucional en su anterior redacción, que señalaba: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece."

[136] *Cfr.* http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=155733&SeguimientoID=588&CAP=360/2013&Promoventes=&ActoReclamado=&gt

Al interpretar esta disposición *a contrario sensu*, se llega a la conclusión de que las entonces llamadas "garantías" que otorga la Constitución sí podrán ampliarse por otras normas no contenidas en la Constitución. En este sentido debe interpretarse el artículo 15 de la Ley Fundamental, cuando prohibía la celebración de cualesquiera "tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano". La actual redacción, reformada en junio de 2011, solamente vino a sustituir las palabras "garantías y derechos establecidos" por "derechos humanos reconocidos" y agregar a los tratados internacionales sobre derechos humanos, para quedar así: "se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte." La palabra *alteren* debe interpretarse en sentido restringido, limitando la prohibición a la celebración de tratados que alteren de manera negativa, restrictivamente, mas no para el caso de que el tratado altere en forma benéfica, favorablemente para la persona, los derechos reconocidos por la Constitución. Es así que en ese precepto ya se encontraba incluido, de modo implícito, el principio *pro persona*.

Pero el principio *pro persona* no solamente estaba ya implícito en el artículo 1º constitucional, sino también en el primer párrafo del artículo 16, en el que se establece el derecho a la aplicación no retroactiva de la ley en perjuicio de cualquier persona. Cualquier estudiante de los primeros cursos de la licenciatura en derecho de cualquier universidad de este país sabe que la ley puede aplicarse retroactivamente cuando el efecto de tal aplicación retroactiva es benéfico para el destinatario. Si una nueva ley produce un efecto adverso en la esfera jurídica de alguna persona que cuenta con derechos adquiridos, la ley no podrá aplicársele a dicha persona. Sin embargo, si el efecto fuera el contrario y las consecuencias de la aplicación de una nueva ley fueren benéficas para la persona, la ley deberá aplicarse. Los ejemplos son innumerables.

Ejemplo:

El más claro de ellos, que se enseña en cualquier curso de derecho penal, consiste en que si una persona se halla en prisión purgando una pena de 10 años por un delito para el que la ley penal en su momento establecía una pena de entre ocho y 12 años, y posteriormente se expide una ley en la que se modifica tal pena para establecer un máximo de cuatro años, cuando el reo ya haya pasado cinco años en la cárcel, dicha persona alcanza su libertad en forma automática.

En materia penal, además, el principio de interpretación *in dubio pro reo*[137] se encuentra en nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina desde tiempos inmemoriales. Lo

[137] *Cfr.* http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/in-dubio-pro-reo/in-dubio-pro-reo.htm. Es un principio en virtud del cual el tribunal, si tiene duda, no puede condenar al acusado por un hecho criminal. Pertenece al momento de la

mismo sucede en el derecho laboral, en el que el principio que se aplica es el que se anuncia *in dubio pro operario*.[138]

Más aún, el artículo 107 constitucional, en su fracción I, desde antes de la reforma de 2011 señalaba claramente que el amparo, la garantía jurisdiccional por excelencia en caso de violación de derechos humanos, se seguiría siempre a instancia de la parte agraviada. Es decir, si el acto de autoridad (por ejemplo, una norma jurídica de menor jerarquía que la Constitución) beneficia a la persona a la que va destinada sin producirse agravio alguno, el amparo sería improcedente.[139]

Por cierto, aunque la fracción I del artículo 107 constitucional, después de la reforma en materia de amparo, sufrió algunas modificaciones benéficas, mantuvo intacto el principio *pro persona*, en el sentido de que el juicio de amparo solamente procede cuando haya un agravio, y no cuando de la aplicación de una ley se produzca un beneficio. Así, el actual texto de dicha fracción se lee como sigue:

> **Artículo 107.** Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:
>
> I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.
>
> Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa;

valoración probatoria y a la duda racional sobre los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo. Como tiene dicho la jurisprudencia, este principio solo entra en juego cuando, efectivamente practicada la prueba, esta no ha desvirtuado la presunción de inocencia o, dicho de otra manera, la aplicación del referido principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas. Tiene íntima relación con el derecho a la presunción de inocencia, pero existe entre ellos una diferencia sustancial, pues este último derecho desenvuelve su eficacia cuando existe una absoluta falta de pruebas o cuando las practicadas no se han efectuado con las debidas garantías.

[138] PRINCIPIO "IN DUBIO PRO OPERARIO". INTERPRETACIÓN FAVORABLE AL TRABAJADOR. CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 6o. Y 18 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO. SE REFIERE A LA LEY LABORAL Y NO A LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS. En la valoración de la prueba no predominan los principios de la aplicación inmediata de las normas laborales que beneficien al trabajador y de "in dubio pro operario", establecidos en los artículos 6o. y 18 de la Ley Federal del Trabajo, ni el de la mayoría, sino el de la lógica. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 473/96. Vicente Trujillo Zepeda. 14 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Novales Castro. Secretario: José Elías Gallegos Benítez.

Nota: Este criterio ha integrado la jurisprudencia I.3o.T. J/21, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, julio de 2009, Página 1788, de rubro: "PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL. EN SU VALORACIÓN RESULTAN INAPLICABLES LOS PRINCIPIOS IN DUBIO PRO OPERARIO Y DE APLICACIÓN INMEDIATA DE LAS NORMAS LABORALES."

[139] Véase el artículo 73, fracción V, de la anterior Ley de Amparo, y el artículo 61, fracción XII, de la vigente.

Un clarísimo ejemplo de la aplicación de este principio es lo relativo a la materia de expropiación de bienes por parte del Estado. La Constitución, en el artículo 27, fracción VI, establece que en caso de expropiación, el Estado deberá indemnizar al afectado mediante el pago de una indemnización, considerando el valor catastral de los bienes. Sin embargo, diversos tratados internacionales en materia de inversión, e incluso la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, establecen que la indemnización debe calcularse a valor justo, o a valor justo de mercado, o a valor comercial. La misma *Ley de Expropiación*, en congruencia con los tratados internacionales, establece que la indemnización pagadera por el Estado a la parte afectada por la expropiación debe hacerse al valor comercial. En la actualidad, puede decirse que es mayor el valor de mercado que el valor catastral, por lo menos en la casi absoluta mayoría de los casos. Nadie ha invocado la inconstitucionalidad de esas leyes y de esos tratados, pues la autoridad, al aplicarlas, simplemente lo hace proveyendo la exacta observancia en el caso concreto de la norma más protectora para la parte afectada, independientemente de que sea "de menor jerarquía". Así, la *Ley de Expropiación* amplía la protección concedida por la Constitución.

En el hipotético caso –no necesariamente irreal– de que sucediera una debacle en el mercado inmobiliario como la ocurrida en 2008 en Estados Unidos de América, cuando los precios de los inmuebles se derrumbaron a tal grado que el valor de mercado fue menor que el reflejado en los catastros, la autoridad, en caso de expropiación, tendría que aplicar la norma contenida en la Constitución, y no la contenida en la *Ley de Expropiación*, pues en ese caso en particular la norma constitucional brindaría mayor protección a la parte afectada por la expropiación. La aplicación de la norma más favorable, o principio *pro persona*, debe interpretarse sin importar el "nivel jerárquico" de la norma de que se trate. La regla es, simplemente, que debe aplicarse aquella disposición que provea la mayor protección o beneficio a la persona.

Además, no solamente el principio *pro persona* ya se encontraba en la Constitución desde antes de la reforma del año 2011, como ha quedado demostrado, sino que este principio se encuentra plasmado en diversos tratados internacionales de los que México es parte (por lo que forman parte integral del orden jurídico mexicano) y que claramente recogen este principio *pro homine*. A continuación transcribiremos algunos ejemplos que se explican por sí solos, cuyo lenguaje refleja contundentemente el principio de aplicación de la norma más favorable a la persona.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en su artículo 5, dispone:

> 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Por su parte, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* prevé en su artículo 29:

> Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
>
> a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
>
> b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
>
> c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
>
> d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

En materia de tortura, la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* establece en su artículo 1.2 lo siguiente: "El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance."

Por su parte, el artículo XV de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* coincide con este principio al estipular: "Nada de lo estipulado en la presente Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales u otros acuerdos suscritos entre las Partes."

A su vez, el artículo 37 de la *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, establece:

> Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas que puedan estar recogidas en:
>
> a) El derecho de un Estado Parte; o
>
> b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

Desde luego, este principio *pro persona* es reconocido tanto por la SCJN como por la doctrina mexicana desde mucho antes de la reforma constitucional del 2011, en materia de derechos humanos. En este sentido, Héctor Fix Fierro afirma:

> Las garantías o derechos consagrados en la Constitución son *derechos mínimos*, que por lo mismo pueden ser ampliados o complementados por las constituciones de los Estados (que se limitan en

su mayoría a incorporar las garantías de la Constitución Federal), por las leyes reglamentarias y, sobre todo, por los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, firmados y ratificados por nuestro país, pero ninguno de todos estos ordenamientos puede contradecir a la Constitución general (*cfr.* también el artículo 15 constitucional).

La función complementaria de los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos es particularmente importante, ya que en ocasiones consagran derechos todavía no reconocidos o reglamentados expresamente en nuestro ordenamiento jurídico. Pero en la medida que dichos tratados y convenciones formar parte de la Ley Suprema de la Unión, en los términos del artículo 133 constitucional, los derechos que consagran pueden ser reclamados ante las autoridades públicas y los tribunales.[140]

Por su parte, la SCJN ha afirmado contundentemente:

La recepción del derecho internacional contenido en los tratados en nuestro país, depende también del requisito de fondo de que "estén de acuerdo con la misma...", la expresión por sí misma resulta poco afortunada, sin embargo, la teleología de la norma, como se desprende de los antecedentes descritos en la reforma de mil novecientos treinta y cuatro, parte de la reafirmación del principio de supremacía constitucional, esto es, que el tratado no transgreda disposiciones constitucionales. Sin embargo, la interpretación gramatical puede llevarse al extremo de considerar que sólo lo que se encuentre dentro de los límites expresos de la Constitución podrán ser aceptadas (*sic*) como normas del derecho internacional vigentes en México. Puede darse el caso de convenios internacionales que amplíen las garantías individuales o sociales y que por no estar dentro de las normas constitucionales no podrían ser aplicadas a nuestro derecho. En este caso, conviene analizar las características de la norma internacional que se pretende aplicar y en función de ella atender a la finalidad de las disposiciones constitucionales de que se trata. En el ejemplo, es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales. Situación diversa de la que, por el contrario, merme la esfera de protección que la Constitución da *per se* a los gobernados.[141]

Con posterioridad a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, aunque parezca contradictorio, se han producido una serie de hechos que en un inicio confirmaban y fortalecían el principio pro persona, pero después la propia SCJN vino a vulnerar lo que tanto se había festejado que se explicitara en la Constitución.

La SCJN, en una serie de afortunadas tesis, derivadas del análisis del expediente Varios 912/2010,[142] rescató del secuestro al que se hallaba sujeto el control difuso de

[140] Héctor Fix Fierro, "Comentarios al artículo 1º constitucional", en *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, tomo I, Cámara de Diputados, LV Legislatura, México, 1996, p. 8.

[141] Sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 11 de mayo de 1999, con motivo del amparo en revisión 1475/98 promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, pp. 97 y 98.

[142] Expediente Varios 912/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro I, Tomo 1, Octubre de 2011, Página 313.

constitucionalidad y restituyó dicha función a todos los jueces del país.[143] Al hacerlo, estableció una serie de lineamientos con el fin de evitar precipitaciones y expresiones de excesiva emoción por parte de los juzgadores que pudieran acudir a la desaplicación de una norma en algún caso concreto, sin desplegar todos los esfuerzos necesarios para lograr una interpretación armónica, antes de recurrir a la inaplicación. Sin embargo, la aplicación del principio *pro persona* respecto de una norma constitucional necesariamente implica la desaplicación de la norma constitucional, si la norma ordinaria ofrece mayor protección a la persona que la norma constitucional, lo que no debiera parecernos escandaloso. No obstante, la interpretación del artículo 1º ha generado algunos criterios contradictorios, en ocasiones orientados a socavar un principio que entendíamos bien arraigado en nuestro sistema. En líneas posteriores intentaremos mostrar esta situación tan desafortunada.

Por lo que se refiere a la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación derivada del análisis del expediente varios 912/2010, destacamos la tesis siguiente:

> PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país –al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano–, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.[144]

[143] En una reciente y desafortunada tesis de la Primera Sala de la SCJN, se da un paso atrás en esta cuestión, al resolver que los tribunales constitucionales locales carecen de competencia para conocer de asuntos relacionados con violaciones a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, "pues el texto fundamental vigente sigue asignando esta facultad exclusivamente al Poder Judicial de la Federación". Tesis: 1a.XXXVIII/2016(10a). Publicación: viernes 19 de febrero de 2016.

[144] [TA], Décima Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Página 552.

Lo dicho en la tesis transcrita no debilita nada, sino al contrario, confirma la aplicación del principio *pro persona*, sobre todo cuando insiste: "deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia." El Poder Judicial de la Federación se ha referido en tiempos recientes al principio *pro persona*, como se demuestra con la siguiente tesis:

> El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria.[145]

Sin embargo, el principio p*ro persona* se vio sometido a un escrutinio orientado a su debilitamiento cuando se le considera al mismo tiempo que la cuestión relativa a la jerarquía de las normas, tema sobre el que hablaremos pormenorizadamente más adelante. En efecto, la ministra Margarita Luna, en la sesión pública celebrada el 13 de marzo de 2012, pronunció las palabras siguientes:

> Se ha hablado mucho del principio pro persona y que por esto se justifica que en algún momento pudiera aplicarse el tratado internacional en vez de lo establecido por una ley interna o por la Constitución, ahí lo que diría: Cuando estamos en la diferencia de analizar un conflicto de aplicación de leyes entre el tratado internacional y la ley interna, vuelvo a lo mismo, estamos en un problema de legalidad porque son leyes que están por debajo de la Constitución y si estamos en un tratado de legalidad, en materia de interpretación es cuando es válido el principio pro persona como principio de interpretación, son lineamientos de interpretación que nos da la Constitución, la pregunta es: ¿En el principio pro persona vamos a aplicar el tratado internacional que va en contra de lo establecido en la Constitución aplicando este principio? Yo creo que no, yo creo que no de ninguna manera, porque aquí estamos violando el principio de supremacía constitucional; entonces, el principio pro persona creo que sí tenemos la obligación de aplicarlo, creo que sí tenemos la obligación de establecerlo y en el caso de Yucatán, evidentemente había la posibilidad de establecer la tela constitucional y quienes consideraron que además había que traerse a colación el análisis de convencionalidad, pues bueno, lo que abunda no daña, pero al final de cuentas el problema que creo yo que se nos presenta es cuando el tratado internacional está en contra de la Constitución como en el ejemplo que había manifestado y que se aduzca que en uso del principio pro persona vamos a aplicar el tratado, es algo que no comparto y que

[145] *Ibidem*, p. 282.

creo que en un momento dado están dadas la bases y el marco constitucional para determinar que sí se aplica en todo caso el tratado internacional, siempre y cuando sea acorde con la Constitución, si no es acorde con la Constitución, ni con el principio pro persona, podemos pensar en aplicar un tratado internacional por encima de lo que es nuestra Constitución. De esta manera, por estas razones, me manifiesto en contra de este primer punto de contradicción que se está dando en el proyecto del señor Ministro Zaldívar, con el debido respeto, diciéndole que estoy en contra de la propuesta precisamente por las razones que he manifestado. Gracias señor Presidente.

Ahora resulta que en caso de decidir entre aplicar la *Ley de Expropiación* o el artículo 27 constitucional en materia de cuantificación de la indemnización respecto del valor del bien expropiado, debe aplicarse la norma más restrictiva, solo porque esa norma está en la Constitución. La Segunda Sala también ha emitido una tesis, por fortuna aislada, que resulta altamente peligrosa y perniciosa:

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. LA REFORMA AL ARTÍCULO 1O. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE 10 DE JUNIO DE 2011, RESPETA ESTE PRINCIPIO. La reforma al artículo 1o. de la Carta Magna, publicada el 10 de junio de 2011, en modo alguno contraviene el principio de supremacía constitucional consagrado desde 1917 en el artículo 133 del propio ordenamiento, que no ha sufrido reforma desde el 18 de enero de 1934, y en cuyo texto sigue determinando que "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión", lo cual implica que las leyes y los tratados internacionales se encuentran en un plano jerárquicamente inferior al de la Constitución, pues en el caso de las leyes claramente se establece que "de ella emanan" y en el de los tratados "que estén de acuerdo con la misma". Por otra parte, la reforma de 2011 no modificó los artículos 103, 105 y 107 constitucionales, en la parte en que permiten someter al control constitucional tanto el derecho interno, como los tratados internacionales, a través de la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el juicio de amparo. Además, el propio artículo 1o. reformado dispone que en nuestro país todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, pero categóricamente ordena que las limitaciones y restricciones a su ejercicio sólo pueden establecerse en la Constitución, no en los tratados; disposición que resulta acorde con el principio de supremacía constitucional. Principio que también es reconocido en el ámbito internacional, en el texto del artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, al prever la posibilidad de aducir como vicio en el consentimiento la existencia de una violación manifiesta que afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.[146]

[146]Tesis: 2a. LXXV/2012 (10a.), Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional. Segunda Sala. Amparo directo 30/2012. Gustavo Janett Zúñiga. 22 de agosto de 2012. Unanimidad de cuatro votos; votó con salvedades Sergio A. Valls Hernández. Ausente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Erika Francesca Luce Carral. Nota: Esta tesis es objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 27/2013, pendiente de resolverse por el Pleno. 2002065. 2a. LXXV/2012 (10a.). Segunda Sala. Décima Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XIII, Octubre de 2012.

Resulta inconcebible que una tesis de la SCJN, contenida en tan pocos renglones, contenga tres "imprecisiones", por no llamarlas como debiéramos, y correr el riesgo de que nos llamen irrespetuosos de la Suprema Corte por decir la verdad.

En primer lugar, la tesis incorrectamente afirma que el principio de supremacía constitucional respecto de los tratados internacionales se encuentra plasmado en la Constitución desde 1917. Esto, como lo ha demostrado de manera contundente y clara Felipe Tena Ramírez, no es así. Veamos las palabras de Tena:

> El Constituyente de 1917 reprodujo fielmente en el artículo 133 el texto de la Constitución anterior, que en su primera parte decía: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión." El precepto estaba inspirado en el artículo VI, párrafo segundo, de la Constitución de Estados Unidos: "Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país."
>
> Ambos preceptos instituían de modo expreso la supremacía de los tres ordenamientos (Constitución, leyes federales y tratados) en relación con la legislación de los Estados-miembros, según se infiere de su segunda parte.[147] Pero la supremacía de la Constitución respecto a los otros dos ordenamientos federales sólo se refería expresamente a las leyes federales ("que emanen de ella", "que se expidan con arreglo a ella"), no así a los tratados, tocante a los cuales no existía expresión alguna que los subordinara a la Constitución.
>
> A partir de la reforma de 34, los compromisos internacionales contraídos por México tienen que estar de acuerdo con su Constitución para ser válidos, es decir, canalizar a través del derecho interno. Todo el mecanismo interior que organiza la Constitución, especialmente el sistema federal (que no se proyecta hacia el exterior, pues los Estados-miembros no existen internacionalmente) y las competencias restringidas de los poderes de la Unión (de los cuales sólo el ejecutivo actúa en la esfera exterior), todo eso tiene que ser acatado en nuestras convenciones internacionales, además de las prohibiciones concretas, como las que establece el artículo 15 de la Constitución.[148]

En segundo lugar, es falso que el artículo 105 no hubiera sufrido reforma alguna mediante la llamada *reforma constitucional sobre derechos humanos* que permita someter al control constitucional tanto el derecho interno como los tratados internacionales mediante la acción de inconstitucionalidad. La fracción II, inciso g), del artículo 105 fue reformada precisamente para distinguir entre las normas contenidas

[147] "...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" (Constitución mexicana); "...y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado" (Constitución estadounidense).

[148] Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano,* 19a. edición, Porrúa, México, 1983, pp. 40 y 41.

en tratados internacionales que versen sobre derechos humanos respecto de aquellas que no versen sobre derechos humanos.

> **Artículo 105.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: ...
>
> I. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.
>
> Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: ...
>
> a) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Así, una norma contenida en un tratado internacional que verse sobre cualquier materia distinta a la consagración de un derecho puede, mediante la acción de constitucionalidad, ser expulsada del orden jurídico mexicano si es contraria a una norma sobre derechos humanos contenida en otro tratado internacional. Ese inciso coloca a las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados por encima de las de otros tratados. Es falso, por tanto, lo que se afirma en la tesis transcrita.

Y por último, la tesis hace referencia a un tratado internacional que no existe jurídicamente, pues no ha entrado en vigor; es decir, no tiene vida jurídica. Dicha tesis se refiere a la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* cuando debió referirse a la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969, en vigor desde 1980, y de la que México es parte. Además, en la tesis se malinterpreta la disposición invocada y contenida en ese tratado que no está en vigor. Dicha disposición se lee como sigue:

> **Artículo 46.1.** El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecta a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

Como puede observarse, las normas de importancia fundamental a que se refiere el artículo del tratado *no nato* referido en la tesis son las concernientes a la competencia para celebrar tratados y no a su contenido o substancia. Es decir, un Estado

podría invocar dicha norma no porque el contenido del tratado violara una norma de carácter "fundamental" del Estado en cuestión, que no se refiere a la capacidad o competencia para celebrarlo, sino solamente si la norma violada fuera una en la que de manera manifiesta, es decir, evidente para todos, estableciera una regla relativa a las facultades de un representante estatal para celebrar tratados.

En el derecho internacional, los tratados se presumen válidos bajo el principio de buena fe, y se considera que el agente del Estado que los firma cuenta con facultades para ello. Solo en el caso de que hubiera una norma de carácter fundamental y además manifiesta, es decir, que salte a la vista, en la que se establezca que ese funcionario no contaba con facultades para su celebración, es que el Estado en cuestión pudiera invocar la nulidad del tratado por falta de capacidad. La nulidad por ilicitud, es decir, porque una norma del tratado sea contraria a una norma de orden público, es solamente aplicable conforme al artículo 53 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* celebrados entre Estados (esta sí en vigor y de la que México es parte), a normas de derecho internacional que tengan el carácter de *jus cogens*, y no a normas del derecho doméstico, por muy fundamentales que sean. La Corte, y no lo digo por faltarle al respeto, sino por decir la verdad, no solamente se equivoca al invocar un tratado *no nato*, sino además porque la norma que invoca no dice lo que la Corte dice que dice.

Pero lo más pernicioso de esta tesis es que, además de dar un muy mal ejemplo a los estudiantes de derecho de nuestro país, dice: "Pero categóricamente ordena que las limitaciones y restricciones a su ejercicio sólo pueden establecerse en la Constitución, no en los tratados; disposición que resulta acorde con el principio de supremacía internacional." Esta postura, por desgracia, a la postre prevaleció en la resolución de la contradicción de tesis 293, a la que nos referiremos más adelante.

Esa tesis y lo dicho por la ministra Luna, además de lo resuelto finalmente por la contradicción de tesis 293, van en completo contrapelo de las tesis derivadas de las decisiones adoptadas por la propia Suprema Corte respecto del análisis del expediente Varios 912/2010 que ya hemos transcrito. Pero además contradice precedentes que se han generado, consistentes en la aplicación de una norma más benéfica contenida en algún tratado internacional, pasando por alto la restricción o norma más restrictiva contenida en la Constitución.

Un claro ejemplo de lo antes dicho es el caso del ejercicio del derecho al voto por parte de personas sujetas a proceso penal.

En el caso anterior, la sala superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación no tuvo "celos" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ser mejores que la

Constitución. Simplemente aplicó la mejor norma, honrando a plenitud el principio *pro persona*: "Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al resolver el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano 85/2007", del que se derivó la siguiente tesis XV/2007:

> SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO PREVISTA EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL. SÓLO PROCEDE CUANDO SE PRIVE DE LA LIBERTAD. La interpretación armónica, sistemática y funcional del artículo 38, fracción II, en relación con los artículos 14, 16, 19, 21 y 102, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 14, párrafo 2 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11, párrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7, párrafo 5, y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, permite concluir que la suspensión de los derechos o prerrogativas del ciudadano por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión no es absoluta ni categórica. En efecto, las referidas disposiciones establecen las bases para admitir que, aun cuando el ciudadano haya sido sujeto a proceso penal, al habérsele otorgado la libertad caucional y materialmente no se le hubiere recluido a prisión, no hay razones válidas para justificar la suspensión de sus derechos político-electorales; pues resulta innegable que, salvo la limitación referida, al no haberse privado la libertad personal del sujeto y al operar en su favor la presunción de inocencia, debe continuar con el uso y goce de sus derechos. Por lo anterior, congruentes con la presunción de inocencia reconocida en la Constitución Federal como derecho fundamental y recogida en los citados instrumentos internacionales, aprobados y ratificados en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la suspensión de derechos consistente en la restricción particular y transitoria del ejercicio de los derechos del ciudadano relativos a la participación política, debe basarse en criterios objetivos y razonables. Por tanto, tal situación resulta suficiente para considerar que, mientras no se le prive de la libertad y, por ende, se le impida el ejercicio de sus derechos y prerrogativas constitucionales, tampoco hay razones que justifiquen la suspensión o merma en el derecho político-electoral de votar del ciudadano.

La anterior tesis contradecía la resolución de la Primera Sala de la SCJN que a continuación se transcribe:

> DERECHOS POLÍTICOS. DEBEN DECLARARSE SUSPENDIDOS DESDE EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 38, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Si bien el citado precepto constitucional dispone expresa y categóricamente que los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden a causa de un proceso criminal por delito que merezca pena corporal y que el plazo relativo se contará desde la fecha de la emisión del auto de formal prisión; y, por su parte, el artículo 46 del Código Penal Federal señala que la referida suspensión se impondrá como pena en la sentencia que culmine el proceso respectivo, que comenzará a computarse desde que cause ejecutoria y durará todo el tiempo de la condena –lo cual es acorde con la fracción III del propio artículo 38 constitucional–, ello no significa que la suspensión de los derechos políticos establecida en la Carta Magna haya sido objeto de una ampliación de garantías por parte del legislador ordinario en el código sustantivo de la materia, ni que exista contradicción o conflicto de normas, ya que se trata

de dos etapas procesales diferentes. Consecuentemente, deben declararse suspendidos los derechos políticos del ciudadano desde el dictado del auto de formal prisión por un delito que merezca pena corporal, en términos del artículo 38, fracción II, de la Constitución Federal; máxime que al no contener éste prerrogativas sino una restricción de ellas, no es válido afirmar que el mencionado artículo 46 amplíe derechos del inculpado. Lo anterior es así, porque no debe confundirse la suspensión que se concretiza con la emisión de dicho auto con las diversas suspensiones que como pena prevé el numeral 46 aludido como consecuencia de la sentencia condenatoria que al efecto se dicte, entre las que se encuentra la de derechos políticos, pues mientras la primera tiene efectos temporales, es decir, sólo durante el proceso penal, los de la segunda son definitivos y se verifican durante el tiempo de extinción de la pena corporal impuesta.[149]

La Suprema Corte resolvió la contradicción entre las dos tesis transcritas a favor del derecho a votar, incluso si una persona se encuentra bajo proceso penal, en libertad, emitiendo el siguiente criterio:

DERECHO AL VOTO. SE SUSPENDE POR EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O DE VINCULACIÓN A PROCESO, SÓLO CUANDO EL PROCESADO ESTÉ EFECTIVAMENTE PRIVADO DE SU LIBERTAD. El artículo 38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que los derechos o prerrogativas del ciudadano se suspenden, entre otros casos, por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a partir de la emisión del auto de formal prisión. Por su parte, el principio de presunción de inocencia y el derecho a votar constituyen derechos fundamentales, cuya evolución y desarrollo constitucional llevan a atemperar la citada restricción constitucional. Ahora bien, la interpretación armónica de tal restricción con el indicado principio conduce a concluir que el derecho al voto del ciudadano se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso, sólo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad, supuesto que implica su imposibilidad física para ejercer ese derecho, lo que no se presenta cuando está materialmente en libertad, supuesto en el cual, en tanto no se dicte una sentencia condenatoria, no existe impedimento para el ejercicio del derecho al sufragio activo.

Cabe aclarar que la SCJN, al resolver esta contradicción a favor del derecho a votar, de otro modo suprimido por virtud del artículo 38, fracción II, de la Constitución, en efecto aplicó el principio *pro persona*, pero sin hacer referencia a ningún precepto contenido en algún tratado internacional, sino, más bien, haciendo lo que la SCJN llama "interpretación sistemática, armónica y funcional de la Constitución". En pocas palabras, la SCJN inaplicó la restricción contenida en el artículo 38, fracción II, considerando el principio de presunción de inocencia. Esto demuestra el temor que la SCJN mostró al no inaplicar un precepto constitucional en favor de otro "internacional", como correctamente lo hizo el Trife, supongo que debido al prurito mostrado por algunos ministros respecto del llamado "principio de supremacía constitucional", como

[149] Jurisprudencia número 1a./J. 171/2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVII, febrero de 2008, Página 215.

si se tratara de un dogma de carácter sobrenatural que por ningún motivo se puede trastocar, ni para aplicar una norma que proteja más a una víctima de una violación de derechos humanos. ¡La Constitución por encima de la dignidad humana, cueste lo que cueste! No logro comprender esa posición.

En otro caso, un valiente tribunal se atrevió a inaplicar una "jurisprudencia" de la SCJN anterior a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, por considerar que dicha jurisprudencia era contraria a las nuevas normas constitucionales derivadas de la mencionada reforma del 2011. Por desgracia, la Segunda Sala le propinó un severo regaño por hacer semejante cosa y, además, lo acusó con el Consejo de la Judicatura, para ver si habría de imponérsele alguna sanción por ese atrevimiento: aplicar el principio *pro persona*. Veamos algunos textos del engrose de este caso (Amparo Directo en Revisión 2126/2012/Quejoso: Gustavo Dávila Martínez):

> Por tanto, resulta inaceptable que cada uno de esos órganos jurisdiccionales, en lugar de preservar la unidad de la interpretación de las normas que conforman el orden jurídico nacional mediante la observancia de la jurisprudencia, desconozcan su contenido como si a ellos les correspondiera interrumpir, corregir o desaplicar los criterios que contenga.
>
> Por lógica, esa labor sólo compete al órgano que la aprobó, y tan es así que el párrafo octavo del artículo 94 de la propia Norma Fundamental, reformado por decreto publicado el seis de junio de dos mil once, faculta al Tribunal Pleno para expedir acuerdos generales a fin de remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquéllos en los que hubiera establecido jurisprudencia, lo cual significa que a esos Tribunales exclusivamente les toca resolver con base en ella y nunca en su contra.
>
> Así, es claro que la confianza con la que el más Alto Tribunal les delega a los Tribunales Colegiados su competencia originaria, sólo implica que agilizarán la impartición de justicia conforme sus criterios jurisprudenciales vinculantes, pero no que pondrán en duda el apego de estos últimos a la Constitución, las leyes o tratados, suscitando contradicciones de tesis con el Máximo Tribunal...
>
> Por último, atento a lo expuesto en el considerando anterior, con fundamento en los artículos 131, fracciones III y XI de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 8o., fracción XIV de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, esta Segunda Sala estima procedente dar vista al Consejo de la Judicatura Federal con el contenido de la presente ejecutoria, para el efecto de que si considera que en el caso pudiera configurarse alguna causa de responsabilidad administrativa, resuelva lo que conforme a derecho corresponda.[150]

Como vemos, el principio *pro persona*, cuya enunciación es tan simple y cuya aplicación debiera ser también tan sencilla, fue siendo sometido a todo tipo de embates derivados de los "celos" que ha provocado en los defensores de la supremacía de la

[150] *Cfr.* http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/12021260.010-945.doc

Constitución la aplicación de normas internacionales más benéficas para las personas. Y la posición debilitadora del principio *pro persona* fue la que finalmente prevaleció, con la resolución de la contradicción de tesis 293/2011. Veamos:

> DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., **cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional**, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.[151]

Más adelante abundaremos en el análisis de las implicaciones de esta perniciosa tesis, en el contexto de la jerarquía de las normas sobre derechos humanos en el orden jurídico mexicano.

Pero respecto de sus implicaciones en el debilitamiento del principio *pro persona*, debemos mencionar otra tesis, derivada de esta misma contradicción, que a la postre fue también derrumbada por la misma SCJN. Nos referimos a la siguiente:

> JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante

[151] Las negritas son nuestras. http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2006224&Clase=DetalleTesisBL

de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

La anterior tesis resulta perfectamente congruente con el principio *pro persona*, particularmente lo señalado en el inciso (iii), pero incongruente con la tesis en la que se le da prevalencia a la norma constitucional que restrinja derechos en mayor medida que las normas que reconozcan derechos humanos contenidas en tratados. Por ello, la propia SCJN "corrigió" su propia jurisprudencia en el análisis del expediente Varios 1396/2011.[152] Este asunto se refiere a los efectos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Fernández Ortega*[153] *y Rosendo Cantú vs México*, mejor conocidos como los casos de Inés y Valentina.

Un antecedente del expediente 1396 es aquel conocido como "Varios 912" al que ya hemos hecho referencia, y que trata de los efectos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla Pacheco vs México*. Aquella resolución del expediente Varios 912 fue recibida con gran entusiasmo en la comunidad jurídica. En ella se delinean importantísimos avances en el orden jurídico mexicano, como el regreso de la facultad de realizar control difuso de constitucionalidad a todos los tribunales el país y la delimitación del fuero militar en casos de violaciones de derechos humanos cometidas por agentes militares, entre otros.

La tendencia marcada por la contradicción de tesis 293 ha sido confirmada en la decisión del expediente Varios 1396. La resolución de la contradicción de tesis 293 afirmó que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos eran obligatorias para México, haya sido México parte en el caso respectivo o no, como se ha señalado líneas arriba. La nueva decisión de la SCJN en el expediente Varios 1396 confirma lo anterior, pero introduce una excepción adicional, en línea con la contradicción de tesis 293: "...en el entendido de que, si alguno de los deberes del fallo implica el desconocimiento de una restricción constitucional, debe prevalecer ésta en términos de lo determinado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 293/2011". La SCJN claramente le ha enviado un mensaje

[152] *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2015.

[153] *Cfr.* http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que tal vez le diga: *si en algún momento la Corte Interamericana de Derechos Humanos llegare a considerar que, por ejemplo, el arraigo es contrario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por constituir una detención arbitraria, a la* SCJN *eso no le importará. Preferirá mantener la arbitrariedad constitucionalizada y no se sentirá obligada a cumplir con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que pudiera ordenarle al Estado mexicano la eliminación del arraigo de la Constitución, las leyes y la práctica*.

Esto, obviamente, es violatorio del derecho internacional público, particularmente de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados de 1969, y del artículo 68 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

Así, paradójicamente, puede decirse que el principio *pro persona*, que se incluyó explícitamente en la Constitución en junio de 2011, se encuentra más debilitado ahora que cuando se encontraba implícito en el texto constitucional.

Autoevaluación

1. Explique los elementos de la definición de *derecho objetivo* propuesta por Miguel Villoro Toranzo, y aplíquelos para construir una definición de *derecho constitucional de los derechos humanos*.
2. Proporcione y explique algunos ejemplos de actos o situaciones que, aun cuando pudieran recibir el apoyo de la mayoría de la población, no podrían ser incorporados al derecho del Estado mexicano.
3. Explique por qué la Constitución es una verdadera ley, desde su perspectiva tanto formal como material.
4. Exponga los conceptos *derecho público* y *derecho privado*, e indique a qué grupo de normas pertenece el derecho constitucional. Justifique razonadamente su respuesta.
5. Explique por qué, durante décadas, en la doctrina y en la práctica jurídicas mexicanas se confundían los conceptos *garantías individuales* y *derechos humanos*.
6. Comente por qué el nuevo artículo 1º constitucional asume una postura iusfilosófica naturalista, y por qué, a pesar de los cambios semánticos, el anterior texto del mismo artículo también asumía tal postura y no una positivista.
7. Explique el principio de integralidad de los derechos humanos.
8. Exprese la diferencia entre *interés legítimo* e *interés jurídico* para efectos de la defensa de los derechos por la vía del juicio de amparo.
9. Explique el principio *pro persona*.

capítulo 2

El derecho internacional de los derechos humanos

Propósitos

Al finalizar este capítulo, el lector será capaz de:

- Definir el concepto derecho internacional de los derechos humanos.
- Identificar las fuentes del derecho internacional.
- Entender los límites a la soberanía estatal frente a los intereses de la humanidad.
- Distinguir entre las normas de derecho internacional vinculantes y aquellas que no lo son estrictamente.

También en el derecho internacional se puede utilizar el vocablo *derecho* para hacer referencia a las facultades de algún sujeto del derecho internacional, sobre todo los Estados y las organizaciones internacionales, pero destaca el concepto de *derecho subjetivo* como derecho que le pertenece al sujeto, en especial al de la raza humana, al individuo o a la persona en el derecho internacional. Es a esa acepción a la que nos referiremos con mayor frecuencia en este capítulo, ya que aquí estudiaremos los derechos subjetivos de las personas, conocidos como *derechos humanos*, según los reconoce y regula el derecho internacional.

En el contexto del derecho internacional también podemos entender la palabra *derecho* en el sentido del derecho como ciencia, o la ciencia del derecho. Así, puede decirse que alguien estudia derecho internacional como la subciencia del derecho que analiza las normas e instituciones de carácter internacional.

El derecho internacional como sistema de normas

En este caso podemos seguir la misma línea de pensamiento que rigió en el capítulo anterior, en el que propusimos una definición de *derecho constitucional*, para ahora brindar una de *derecho internacional*. Partiremos del concepto de *derecho objetivo* que ofrece Miguel Villoro: "Derecho es un sistema racional de normas sociales de

conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica."[1]

Sin embargo, como se mostrará más adelante, la definición anterior resulta inapropiada para lograr una definición de derecho internacional. Ello se debe a que tal definición fue diseñada para explicar las características de un orden jurídico nacional, en el que la legislación funge como fuente formal principal; no es ese el caso, como se verá, en el derecho internacional.

Antes de analizar los elementos de la definición anterior (aplicados al derecho internacional) parece necesario definir el concepto *internacional*, aplicado al de *derecho*.

Literalmente, el vocablo *internacional*[2] proviene del prefijo *inter*, que significa "entre", *y nacional*, que es lo relativo a una "nación", entendida para estos efectos como "Estado", según se explicó en el capítulo anterior. En este primer acercamiento, el *derecho internacional* sería el conjunto de normas que regulan las relaciones entre Estados. Como nos lo hace ver Alfred Verdross, la definición puramente gramatical resulta insuficiente, pues excluye la regulación que las normas de derecho internacional ejercen sobre las relaciones entre otros sujetos del derecho internacional, como los organismos internacionales, otras comunidades jurídicas soberanas (como la Santa Sede, la Orden de Malta, etc.) y el propio individuo.[3]

Ahora analizaremos los diferentes elementos de la definición de *derecho normativo*, para aplicarlo al concepto de *derecho internacional*.

El llamado *orden jurídico internacional* es, al igual que otras ramas del árbol del derecho, un orden, y la palabra *sistema* que utiliza Villoro en su definición denota la existencia de un conjunto de elementos que mantienen cierto orden. Por eso el derecho internacional, en este sentido, es también un "sistema" de normas creado por la razón humana. Así, el concepto que propone Villoro es igualmente aplicable al derecho internacional, en tanto constituye un sistema racional de normas.

Como en el caso de cualquier rama del derecho, las normas que constituyen el derecho internacional son también reglas de conducta, es decir, principios que deberán cumplirse para conducir correctamente los actos de los Estados, en tanto tengan efectos frente a los demás Estados o afecten el orden público internacional. Una norma de derecho

[1] Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed., Porrúa, México, 1982, p. 127.

[2] **Internacional** (de *inter- y nacional*): "1. adj. Perteneciente o relativo a dos o más naciones." Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=LvcJGq6.

[3] Alfred Verdross, *Derecho internacional público*, 6a. ed., Aguilar, Madrid, 1982, pp. 3 *y* 4.

internacional es, al igual que cualquier norma jurídica, una regla que prescribe un deber, cuya estructura formal es la de un juicio de valor en modo imperativo.[4]

La definición de Villoro incluye otro elemento distintivo de las normas que conforman el sistema jurídico: son normas sociales de conducta. Con lo anterior puede afirmarse que las normas jurídicas internacionales son reglas que prescriben deberes respecto del comportamiento de los Estados, en tanto estos no se encuentran aislados, sino que pertenecen a una comunidad de naciones y, por tanto, "viven" en sociedad y deben procurar una convivencia correcta.

Uno de los problemas que plantea el derecho internacional, y que lo distingue de los derechos nacionales, es precisamente la declaración de obligatoriedad de las normas que lo constituyen. El concepto que Villoro propone de *derecho objetivo* incluye la declaración de las normas como obligatorias por una autoridad competente. Según explicamos en el capítulo anterior, la doctrina constitucional resolvió el problema de las facultades otorgadas al Poder Constituyente para la formación del Estado y la expedición de las primeras normas que regularan la convivencia entre las personas que conforman la nación respectiva con el concepto de la *soberanía popular*. Una vez constituido el Estado y creados los poderes, estos, en el ámbito de sus respectivas competencias, pero particularmente el Poder Legislativo, expedirán las normas, es decir, las declararán obligatorias.

El problema de la ausencia de un Poder Legislativo internacional que tenga competencia a fin de expedir normas obligatorias para los integrantes de la comunidad de los Estados es muy importante en el estudio del derecho internacional. Jorge Castañeda atinadamente nos recuerda que "en San Francisco se rechazaron todas las tentativas para otorgar a la Asamblea general, en una forma u otra, facultades para promulgar legislación internacional".[5] El análisis de las fuentes formales del derecho internacional es de gran relevancia para comprender la composición del orden jurídico internacional.[6] Hablaremos de este tema con mayor amplitud más adelante, y lo aplicaremos, de manera específica, al derecho internacional de los derechos humanos.

Como consecuencia del problema planteado en las líneas inmediatas anteriores, es decir, el de la carencia de un Poder Legislativo internacional que expida las normas que conformen el orden jurídico internacional, se presenta el delicado asunto de la ausencia

[4] Rafael Preciado Hernández, *Lecciones de filosofía del derecho*, 9a. ed., Jus, México, 1978, p. 80.

[5] Jorge Castañeda, "Valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas", en *Obras completas*, t. I, Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos, Secretaría de Relaciones Exteriores, El Colegio de México, México, 1995, p. 272.

[6] Véase Loretta Ortiz Ahlf, *Derecho internacional público*, cap. 2, 2a. ed., Oxford University Press, México, 2000; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1998, part I, chapter I; Alfred Verdross, *op. cit.*, parte 2, cap. 9; José A. Pastor Ridruejo, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 6a. ed., Tecnos, Madrid, 1996, cap. II.

de una autoridad que haga cumplir las normas jurídicas internacionales. La corriente de pensamiento que favorece el elemento de la coercitividad como esencial en las normas jurídicas afirma que las normas de derecho internacional no son jurídicas, ya que carecen de ese elemento. La consecuencia de una afirmación de este tipo es la negación absoluta de la existencia del derecho internacional. Este es un tema que se trata en todo texto de derecho internacional general y que ha analizado la doctrina jurídica con profundidad, lo que genera diversas corrientes teóricas respecto del problema.[7]

A cualquier definición de *derecho internacional* también le son aplicables los elementos que propone Villoro en su concepto de *derecho objetivo*, en el sentido de que las normas que lo conformen deben ser consideradas soluciones justas a los problemas que plantea la realidad histórica.

En efecto, uno de los fines del derecho internacional, como de todo derecho, es la justicia en las relaciones entre Estados, además del bien común internacional y la seguridad en la convivencia en la comunidad de naciones. Las normas que conformen el derecho internacional, provengan de la fuente formal que sea, deben, idealmente, contribuir al logro de la justicia.

La definición que ofrece Villoro contiene el elemento relativo a la realidad histórica. Las soluciones justas propuestas por las normas deben responder a la realidad histórica, según el concepto de nuestro maestro. Sin duda, este elemento tiene sentido en el derecho internacional, en la medida en que se conforma, de manera por demás relevante, por normas de carácter consuetudinario. Las normas jurídicas internacionales se forman con base en la repetición de actos y en la aceptación de obligatoriedad que los integrantes de la comunidad de Estados les atribuyen. La costumbre internacional responde a las necesidades de la realidad histórica y va conformando el orden jurídico internacional.[8]

Es en el siglo XX cuando se presentan los primeros logros para organizar, formar o constituir la comunidad universal de Estados, con una estructura formal y personalidad jurídica propia.[9] La ciencia del derecho de las organizaciones internacionales se encarga del estudio de este tema.

Desde luego, el organismo internacional por excelencia es la Organización de las Naciones Unidas, pero no por ello constituye un "Estado de Estados" o un "super-Estado",[10] ni los órganos que la conforman tienen el carácter de autoridad con

[7] Véase César Sepúlveda, *Derecho internacional,* 5a. ed., primera parte, cap. 4, Porrúa, México, 1973, p. 39.

[8] Véase Loretta Ortiz Ahlf, *op. cit.,* pp. 52 y siguientes.

[9] Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations,* 11 de abril de 1949, *ICJ Reports,* 1949, p. 174.

[10] *Idem.*

poderes que pudieran ser equivalentes a los poderes constituidos en un Estado. Podemos ver acercamientos como en el caso de la Unión Europea,[11] aunque el derecho internacional está todavía lejos de lograr un efecto similar.

En el seno de las organizaciones internacionales encontraremos la gestación de diferentes normas de derecho internacional con características de índole diversa, aunque las resoluciones de sus asambleas (por ejemplo, la Asamblea General de las Naciones Unidas o de la Organización de Estados Americanos) no tienen el carácter de obligatorias para sus miembros, y por ello se les ha dado el nombre en inglés de *soft law* (derecho suave). Las normas "duras" de derecho internacional (*hard law*), es decir, las que son obligatorias para los Estados, se derivan primordialmente de la práctica de los Estados que se convierte en costumbre jurídica internacional, como apuntamos, y desde luego, de las convenciones entre los Estados.

Sobre la naturaleza de las resoluciones de los organismos internacionales, y en particular las de Naciones Unidas, debemos atender a las enseñanzas de Jorge Castañeda, quien define a estas resoluciones como "manifestaciones formales de opinión".[12] Según este autor, esas resoluciones pueden entrañar una orden, una invitación, una variedad de formas híbridas intermedias y versar sobre cuestiones técnicas o eminentemente políticas. Además, Castañeda indica que las resoluciones pueden tener carácter materialmente legislativo, es decir, general y abstracto, o pueden ser actos administrativos individuales. Además, pueden ir dirigidas a otros órganos del mismo sistema, a un organismo internacional distinto de todos los Estados en general, o solo a algunos de ellos, o incluso individuos.

Es de mencionar lo que Castañeda afirma en el sentido de que estas resoluciones no tienen un valor jurídico uniforme.[13] Las más significativas, dice, son las que crean o expresan normas generales.

Castañeda se refiere además a las recomendaciones que encuentran su base en los artículos 10 a 14 de la *Carta de San Francisco*, que define como "resoluciones que son algo más o algo distinto de una invitación emitida por un órgano internacional y que no implica... obligación jurídica..."[14] y que "ordinariamente carecen de sanción en sentido jurídico". Su valor (o fuerza), como suele decirse, es jurídico y moral.[15] En este sentido, su fuerza dependerá también del lenguaje que emplean. "El objetivo

[11] Para entender la naturaleza de la Unión Europea véase Manuel Diez de Velasco, *Las organizaciones internacionales,* 10a. ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 559.

[12] Jorge Castañeda, *op. cit.,* p. 271.

[13] *Ibidem,* pp. 272 y 275.

[14] *Ibidem,* pp. 277 y 278.

[15] *Ibidem,* p. 286.

que persiguen las Naciones Unidas al adoptar cierto lenguaje, al reiterar resoluciones anteriores o, en una palabra, al ejercer presión política sobre un miembro, es fundamentalmente el mismo que buscan al sancionar a otro, esto es, movilizar la opinión pública con el fin de lograr cierta conducta."[16] En este sentido, Michel Virally aclara:

> ¿Debemos atenernos a una simple observación de vocabulario, a la utilización o a la omisión, en el dispositivo de la resolución, del verbo *recomendar?* La terminología utilizada por la Asamblea, más diplomática que jurídica, no es lo bastante precisa y estable para permitir semejante criterio. Las palabras y expresiones: *ruega, invita, declara en contra, afirma, insiste, compromete a, envía un urgente llamado a, expresa la esperanza de que, llama la atención* a, etc., son comúnmente empleadas por la Asamblea. Expresan matices a menudo no despreciables, mas varios de ellos son sinónimos de *recomendar.* La Asamblea los utiliza a veces en forma indistinta. [17]

La soberanía y los intereses de la humanidad

Como se infiere de lo que asentamos en líneas anteriores, el concepto de *soberanía* es de importancia vital para la ciencia del derecho internacional. En el capítulo anterior hicimos un ejercicio respecto del papel que desempeña el concepto de *soberanía popular* en la formación del Estado. También nos referimos a los límites que el derecho internacional impone al poder de la soberanía nacional en razón de los que, con Jenk, llamamos *asuntos del interés de la humanidad.* Siguiendo a Tena, hicimos algunas reflexiones en cuanto a la reconsideración del concepto de *soberanía.* Esas consideraciones son muy importantes en el estudio del derecho internacional, razón por la cual nos proponemos hacer algunas observaciones al respecto.

El concepto tradicional de *soberanía* en el derecho internacional se centra no tanto en la soberanía popular, que es la que impulsa la formación del Estado, sino en la soberanía del Estado constituido, que en lo interno no encuentra un poder de la misma magnitud, pero que en lo externo, en las relaciones con otros Estados, y de acuerdo con el principio de efectividad, siempre halla Estados igualmente soberanos. Desde la postura tradicional, los Estados, todos, son soberanos. Este principio quedó reconocido en el artículo 2 (1) de la *Carta de San Francisco.* No hay, por tanto, ente alguno que tenga más poder que la soberanía de cada uno de los Estados, y esto, como apuntamos, provoca el problema, por un lado, de la carencia de una autoridad que pueda emitir normas obligatorias para los Estados, sin necesidad de contar con su consentimiento, y por otro,

[16] *Ibidem,* pp. 283 y 284.

[17] Michel Virally, "El valor jurídico de las recomendaciones de las organizaciones internacionales", en *El devenir del derecho internacional. Ensayos escritos al correr de los años*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pp. 191 y 192.

la falta de una autoridad que pueda hacer cumplir las normas internacionales aun en contra del consentimiento de algún Estado que se niegue a cumplirlas.[18]

Por eso las normas de derecho internacional encontrarán fuentes formales basadas en factores distintos de los del derecho local. La corriente positivista diría, entonces, que la formación de normas de derecho internacional dependerá de la voluntad de los Estados, derivada de su práctica, usos y costumbres, o de su consentimiento expresado a través de tratados. Esta corriente diría que aun los principios generales de derecho, para ser fuente de derecho internacional, deben ser reconocidos por las naciones, como lo señala el inc. *c)* del artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*.

Sin embargo, lo que manifestamos en el capítulo anterior respecto de los límites de la soberanía interna impuestos por el derecho internacional es, desde luego, aplicable al tema que estamos tratando ahora. Se percibe claramente una tendencia que, por fortuna, socava el concepto de *soberanía estatal* que resulta pernicioso en las relaciones internacionales, sobre todo en lo referente a temas como la protección de los derechos fundamentales de la persona humana. No obstante, cada uno de los Estados integrantes de la comunidad de Estados es soberano, su soberanía ya no se acepta como escudo o pretexto para incurrir en prácticas o celebrar tratados que atenten contra principios que constituyan *jus cogens* internacional.

Hoy se admite que la comunidad de Estados en conjunto reconoce determinadas normas que son de orden público internacional y que, por tanto, no admiten pacto ni práctica en contrario. Este concepto quedó plasmado en el artículo 53 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Aunque el concepto que propone la Convención indica que el carácter de *jus cogens* de una norma se adquiere precisamente porque es reconocido por la comunidad de Estados en conjunto como norma que no admite pacto en contrario, esto no quiere decir que deba haber unanimidad en este reconocimiento; por ende, si algún Estado, aduciendo su soberanía estatal, objetara alguna de las normas de *jus cogens*, su objeción, aunque hubiere sido persistente, no lo relevaría de la obligación de cumplirla.[19]

Esta tendencia está provocando, a pesar de algunas corrientes de resistencia, un efecto afortunado que se aleja de la concepción tradicional de que el derecho internacional se ocupa de manera exclusiva de las relaciones entre los Estados, sin preocuparse en absoluto por los titulares legítimos de la soberanía, como son los pueblos y, finalmente, los individuos que constituyen a los pueblos. Se perciben con claridad casos

[18] Podemos observar algún acercamiento a la exigibilidad de las normas del derecho internacional en las decisiones del Consejo de Seguridad, conforme a los capítulos VI y VII de la *Carta de la ONU*.

[19] Para analizar el concepto de *jus cogens* véase Antonio Gómez Robledo, *El ius cogens internacional (Estudio histórico crítico)*, UNAM, México, 1982.

en que el derecho internacional reconoce al individuo como sujeto del derecho internacional, y no solamente a los Estados y a las organizaciones internacionales creadas por estos. Esta situación se da como consecuencia del reconocimiento de que los derechos fundamentales del ser humano son del interés de toda la humanidad y, por tanto, escapan de las barreras del concepto tradicional de *soberanía*.

Sobre este tema hablamos en el capítulo anterior, y en él seguimos las explicaciones de Tena. Debido a su relevancia, nos permitimos transcribir nuevamente algunos textos ahí citados:

> El dogma de la soberanía del Estado conduce a la separación entre el derecho internacional y el derecho interno, ya que aquél no conoce ni regula sino las relaciones entre los Estados, sin que pueda intervenir en las de cada Estado con sus súbditos, materia esta última reservada al derecho interno... Pronto, sin embargo, la opinión pública y la doctrina empezaron a reaccionar contra un concepto tan absoluto del derecho de los Estados. Distinguidos juristas adelantaron la tesis de que el derecho internacional se preocupaba de las relaciones de los Estados entre sí, y descuidaba la protección, dentro de los Estados, del titular último y realmente único de todo derecho, como es el hombre.[20]

> Lo ocurrido dentro de cada Estado no es ya cosa ajena para los demás Estados, sino que la solidaridad internacional compromete a cada uno con respecto a los demás, obliga a quebrantar las murallas de la antigua y hermética soberanía y permite que se conviertan en temas de derecho internacional algunos de los que anteriormente pertenecían al ámbito exclusivo del derecho interno... De lo que se trata ahora es de crear y organizar la conciencia mundial de la dignidad de la persona, con todas sus consecuencias, a fin de que, a través de los pactos internacionales, se derrame en la actuación del Estado. Dentro de la estructura constitucional de cada país, y con el mayor respeto para las ideas de nación y de patria, se procura convenir en patrimonio jurídico de todos los pueblos lo que previamente tiene que ser patrimonio común de moral y de cultura... Nos hallamos en presencia, por lo tanto, de una revisión crítica del concepto de soberanía, que en el fondo no significa otra cosa que un nuevo intento de la Humanidad para rescatar de la órbita del poder público la dignidad y la paz de la persona.[21]

Los derechos humanos en el derecho internacional

Antecedentes

El concepto *derechos fundamentales del ser humano*, como lo entendemos en la actualidad, es relativamente nuevo en la historia de la humanidad. A pesar de los importantísimos antecedentes ingleses, como la *Magna Carta*, de 1215, el *Acta de Habeas Corpus*, de 1679, y el *Bill of Rights*, de 1689, la definición de *derechos humanos* actual no surge

[20] Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 17a. ed., Porrúa, México, 1980, pp. 32 y 33.

[21] *Ibidem*, pp. 34-39.

propiamente sino hasta el siglo XVIII con las declaraciones estadounidenses y, desde luego, con la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* proclamada en París, en 1789. A partir de entonces el derecho local de los Estados desarrolla un orden jurídico orientado al reconocimiento y a la protección de los derechos fundamentales de las personas sujetas a la jurisdicción de los Estados de que se trate.[22]

Por un lado, el principio de no intervención en asuntos internos reconocido desde 1648 en la Paz de Westfalia a través de los tratados de Osnabrück y Münster y en la creación de la Sociedad de Naciones y, por otro, el hecho de que el derecho internacional se ocupó primordialmente de regular las relaciones entre Estados hizo que el derecho internacional se mantuviera al margen de la protección de los derechos humanos.[23] Pero las atrocidades que se perpetraron durante la Segunda Guerra Mundial, sobre todo por parte de la Alemania nazi, favorecidas por los dos factores anteriores, provocaron que se iniciara el movimiento actual en favor de los derechos humanos en el mundo y que se le considerara un asunto susceptible de ser tratado por el derecho internacional.

El año 1945 es de importancia vital en el movimiento internacional de los derechos humanos, en virtud de que se incluyeron en la *Carta de San Francisco* disposiciones que, a pesar de su generalidad, reflejan un compromiso claro de la comunidad de Estados con la protección y defensa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.[24] Desde luego, esto no quiere decir que antes de 1945 el derecho internacional no se ocupara de la protección de los derechos de los individuos.

Podemos mencionar algunos ejemplos ilustrativos. Uno de ellos es el de los antecedentes del actual derecho internacional humanitario, que tiene por objeto proteger los derechos básicos de quienes están expuestos a una situación de guerra, sean combatientes, víctimas, heridos, enfermos, prisioneros o civiles, personal sanitario o religioso. La Convención de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, de 1864,[25] se desarrolla a partir de los inicios del siglo XX con las convenciones y los protocolos adicionales de Ginebra sobre la

[22] Véase, por ejemplo, Germán J. Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos,* UNAM, México, 1993, secciones 91 y 91, pp. 321 y ss. También Gregorio Peces Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, cap. VI, "Los modelos de evolución histórica de los derechos fundamentales", pp. 145 y ss. Thomas Buergenthal, *Derechos humanos internacionales,* Gernika, México, 1996, pp. 31 y ss. AA. VV., *International Human Rights Law & Practice. Cases, treaties and materials,* Kluwer Law International, Cambridge, 1997; parte primera, capítulo I.

[23] John Dugard, *International Law. A South African Perspective,* Juta & Co., Kenwyn, 1994, pp. 198 y 199.

[24] Para comprender este tema véase, por ejemplo, Thomas Buergenthal, *op. cit.*, pp. 51 y siguientes.

[25] Su texto puede consultarse en la compilación realizada por Jesús Rodríguez y Rodríguez, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos,* ONU-OEA, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1994, p. 805.

protección de prisioneros de guerra o de civiles en tiempos de guerra, así como de las víctimas de los conflictos armados, tengan o no carácter internacional.[26]

Otro ejemplo importante es la Convención sobre la Esclavitud, concertada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, y el Convenio sobre el Trabajo Forzoso, de 1930. Respecto de los derechos fundamentales relativos al trabajo, la Organización Internacional de Trabajo, fundada en 1919, realizó desde entonces esfuerzos importantísimos en materia de protección de derechos humanos en el nivel del derecho internacional y generó tratados sobre la materia.

Declaración Universal de Derechos Humanos

En definitiva, el movimiento en pro de los derechos principales se inicia con la fundación de las Naciones Unidas, en 1945.[27] Solo en 1946 se crea la Comisión de Derechos Humanos por resolución del Consejo Económico y Social (Ecosoc), con el fin de que en su seno se redactara la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, finalmente adoptada por resolución de la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948.[28]

La importancia de esta fecha en la historia del derecho internacional de los derechos humanos no puede destacarse lo suficiente. La influencia que la Declaración ha tenido es impresionante. Aunque no comenzó siendo más que eso, una declaración y, por tanto, "derecho suave", no obligatoria para los miembros de la ONU, hoy se sabe que se ha convertido en el paradigma de las normas de derechos humanos, y la aceptación que se tiene por su contenido la ha convertido en un instrumento de carácter obligatorio, gracias a su reconocimiento por la comunidad de Estados en su conjunto. En este sentido, Gros Espiell indica con claridad:

> Lo que en el momento de la adopción de la Declaración fue el resultado de la voluntad de 48 Estados, no habiéndose recogido en la votación ningún voto en contra, pero sí ocho abstenciones que eran la consecuencia de muy importantes reservas y salvedades expuestas en el proceso de la elaboración de la declaración, *se acepta actualmente, sin reticencias ni reservas teóricas, por todos los Estados que integran la Comunidad Internacional.* Además de muchas otras resoluciones de las Naciones Unidas *que afirman esta obligatoriedad,* debe recordarse la Proclamación de Teherán, adoptada en 1968, sin

[26] Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II). Sus textos pueden consultarse en la obra citada de Rodríguez y Rodríguez, pp. 974 y 1056, respectivamente.

[27] Es de destacarse que en ese mismo año Hersch Lauterpacht publica su influyente obra *An International Bill of the Rights of Man,* en la que propone, precisamente, la creación de instrumentos jurídicos obligatorios que reconocieran los derechos fundamentales del hombre.

[28] Acerca del desarrollo de la gestación y redacción de la Declaración, véase Albert Verdoot, *Declaración universal de los derechos del hombre, nacimiento y significación,* Biblioteca Mensajero, Editorial Mensajero, Bilbao, 1969.

ninguna oposición por más de 120 Estados, cuyo párrafo 2 declara solemnemente "obligatoria para la Comunidad Internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos".[29]

La Declaración consta de un preámbulo y 33 artículos. En el preámbulo se hace un "reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los *derechos iguales* e inalienables de todos los miembros de la familia humana", y se toma en cuenta el compromiso de los Estados integrantes de las Naciones Unidas para "asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre", y "en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos *de* hombres y mujeres". Con esto el documento adopta, sin titubeos, una posición iusnaturalista. El artículo 1 de la Declaración refuerza la posición filosófica reflejada en el preámbulo, al prever: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."

La Declaración reconoce los derechos inherentes a la persona humana, como el derecho a la vida (artículo 3), a la integridad corporal (artículo 6, que prohíbe la tortura), a la igualdad ante la ley y a la no discriminación (artículos 2 y 7), a la vida privada (art. 12), a la libertad física y de conciencia en sus diferentes tipos (artículos 4, que prohíbe la esclavitud; 13, que consagra la libertad de tránsito; 18, que consagra la libertad religiosa; 19, que se refiere a la libertad de opinión; 20, relativo a la libertad de reunión y de asociación), a la certeza jurídica y al acceso a recursos jurídicos efectivos (artículos 8, 9, 10 y 11), al asilo (artículo 14), a la nacionalidad (artículo 15), al matrimonio libre (artículo 16), a la propiedad (artículo 17), a la participación en asuntos políticos (artículo 21), así como a los derechos de índole social, como son el derecho a la seguridad social (artículo 22), al trabajo, al descanso y a un nivel de vida adecuado (artículos 23, 24 y 25), así como a la educación y a la cultura (artículos 26 y 27).[30]

Conformación del derecho internacional de los derechos humanos

Antes de hacer una descripción general del derecho internacional de los derechos humanos, es importante aclarar que el derecho internacional público regula la protección de la persona humana por medio de tres ramas que, aunque muy cercanas, no dejan de ser distintas. Tal es el caso del derecho internacional humanitario, el derecho

[29] Héctor Gros Espiell, "Los derechos humanos y el derecho internacional, 1968-1977", en *Jurídica,* 10-II, UTA, México, 1978, p. 156. Sobre la discusión relativa a la obligatoriedad o no obligatoriedad de la Declaración, véase Jorge Castañeda, *op. cit.,* pp. 494 y ss. También Antonio Cassese, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo,* Ariel, Barcelona, 1991, pp. 31 y siguientes.

[30] Véase Albert Verdoot, *op. cit.*

internacional de los refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos. En este trabajo nos limitaremos al tratamiento de la última vertiente mencionada.

Ahora bien, el derecho internacional y, por tanto, el derecho internacional de los derechos humanos, se conforma por normas jurídicas que provienen de diversas fuentes. El artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* nos indica que los tratados internacionales, la costumbre jurídica y los principios generales del derecho son normas obligatorias para los sujetos del derecho internacional. La jurisprudencia y la doctrina tienen el carácter de fuente auxiliar del derecho internacional.

En efecto, el artículo 38 del Estatuto prevé:

> 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
>
> a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
>
> b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
>
> c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
>
> d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.
>
> 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono,* si las partes así lo convinieren.

Después de hacer una breve reseña histórica de la gestación del derecho internacional de los derechos humanos tal como lo conocemos hoy, nos referiremos a cada una de sus fuentes formales.

A raíz de la Declaración Universal, en el seno de la Comisión de Derechos Humanos y de la Tercera Comisión de Naciones Unidas se redactaron los dos pactos universales de derechos humanos, que una vez concluidos fueron adoptados por la Asamblea General de la ONU y abiertos a firma en 1966. Uno de ellos es el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el otro el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ya que las diferencias ideológicas entre los bloques Este-Oeste impidieron la adopción de un solo instrumento que abarcara, como lo hace la Declaración Universal, ambos tipos de derechos.[31] En forma paralela se fueron adoptando

[31] Sobre esta distinción, véase Antônio Augusto Cançado Trindade, Gérard Peytrignet y Jaime Ruiz de Santiago, *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana, Direitos humanos, Direito humanitário, Direito dos refugiados*, coedición del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Comité Internacional de la Cruz Roja, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, San José, Costa Rica-Brasilia, 1996.

pactos relativos a la protección de ciertos derechos en particular, como la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, también de 1965, la *Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer*, de 1953, y la *Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud*, de 1956. A la fecha existe un gran número de tratados sobre derechos humanos, la mayoría suscritos y ratificados por México, como veremos más adelante. Todos los instrumentos internacionales mencionados en este párrafo tienen el carácter de tratados, independientemente de su nombre. Todos constituyen, para quienes los suscriben, obligaciones jurídicas.[32]

Al mismo tiempo se ha desarrollado un importante número de instrumentos que no constituyen tratados, sino declaraciones o instrumentos de otra índole, aunque de carácter no vinculante, es decir, que no producen obligaciones internacionales para los Estados, lo que no soslaya su gran trascendencia política y moral. Entre ellos destacan la *Proclamación de Teherán*, de 1968, seguida de la *Declaración y Programa de Acción de Viena*, de 1993; el Programa de Acción de la *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo*, del 5 al 13 de septiembre de 1994, y la *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing en materia de Derechos de la Mujer*, aprobada en la 16ª sesión plenaria, celebrada el 15 de septiembre de 1995. La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha emitido un considerable número de declaraciones sobre derechos humanos y están en proceso de gestación otras más.

Normas vinculantes

Como dijimos, los tratados, los principios generales de derecho y la costumbre jurídica gozan de plena obligatoriedad para los Estados.[33] Como también apuntamos, entre las normas obligatorias de derecho internacional existen algunas que han conseguido el rango de normas de orden público internacional o, como preferimos llamarles, *del interés de la humanidad*. Conocidas como *normas de jus cogens*, son imperativas de derecho internacional general, reconocidas por la comunidad de Estados en su conjunto como reglas que no admiten pacto en contrario ni, por tanto, práctica en contrario, no obstante la objeción persistente que algún Estado alegue respecto de alguna de ellas.[34] Muchas de estas normas se reflejan en tratados internacionales.

Entre las normas de *jus cogens* encontramos las que constituyen el derecho internacional humanitario o derecho de los conflictos armados y cada vez más normas

[32] Entre las compilaciones de tratados sobre derechos humanos puede consultarse la citada de Jesús Rodríguez y Rodríguez, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos, op. cit.*

[33] Véase Loretta Ortiz Ahlf, *op. cit.*

[34] Para entender el principio del objetor persistente y *jus cogens,* véase Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes,* Oxford Monographs in International Law, Clarendon Press, Oxford, Nueva York, 1997, pp. 59-73.

protectoras de los derechos humanos No cabe la menor duda de que las normas que establecen prohibiciones de los crímenes de guerra o contra la humanidad, las cuales prohíben la tortura, las desapariciones forzadas de personas, las ejecuciones sumarias y demás violaciones graves de los derechos humanos, constituyen normas de *jus cogens*;[35] por ende, ningún país puede usar el pretexto de su soberanía nacional para no cumplir con ellas.

Tratados

Son acuerdos de voluntades celebrados entre sujetos del derecho internacional (Estados y otros como los organismos internacionales) mediante los cuales se crean, trasmiten, modifican o extinguen derechos y obligaciones para las partes. Reciben nombres diversos, sin perder su calidad de tratados. Tal es el caso de convenciones, convenios, pactos, etcétera.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen características especiales que los distinguen de otros. A reserva de tratar este asunto de manera más específica, baste por ahora destacar algunos puntos. Puede decirse, en resumen, que los tratados sobre derechos humanos no son de índole sinalagmática, sino "normativos". Los tratados sinalagmáticos son aquellos en los que los derechos y las obligaciones se definen como prestaciones y contraprestaciones recíprocas entre los Estados parte; de ellos se derivan obligaciones bilaterales. Un ejemplo son los tratados de intercambio comercial. A diferencia de ellos, los tratados sobre derechos humanos no contienen obligaciones recíprocas, sino que estas se prevén para beneficio de las personas que habitan en el territorio de los Estados que celebran el tratado. Las obligaciones previstas en los tratados de derechos humanos las asumen los Estados "frente" a los demás Estados parte en el tratado, pero no en su beneficio, sino en el de los habitantes de su propio territorio.

Las normas que contienen los tratados internacionales gozan de plena obligatoriedad.

Costumbre

Como hemos dicho, de acuerdo con el artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, una de las fuentes formales del derecho internacional es la costumbre.

Desde los inicios de los estudios de derecho se analiza el tema de las fuentes formales del derecho, entre ellas la de la costumbre.

[35] *Cfr.* Maurizio Ragazzi, *op. cit.*, p. 49.

Villoro recuerda que "Las *Partidas* explican la costumbre jurídica con las siguientes palabras: 'Costumbre es derecho o fuero que non es escrito, el cual han usado los omnes luengo tiempo, ayudándose en las cosas e en las razones sobre que le usaron'." Y agrega que las reglas se forman por la presión espontánea e intuitiva de los ideales o las razones de justicia del grupo social. Villoro añade: "Es la norma intuitiva del derecho, y es obra de todos los sujetos de Derecho, y por consecuencia no requiere ninguna competencia individualizada. Siendo la obra de todos, no lo es de nadie en particular... El juez, o el legislador, sólo comprueba y aplica la costumbre, o comprueba y escribe la costumbre." Y citando a Georges Scelle, advierte que "Lo que la caracteriza es su carácter de espontáneo y sobre todo inorgánico."[36]

Por lo regular se define la costumbre con base en la máxima latina *Inveterata consuetudo et opinio iuris seu necessitatis*. La *inveterata consuetudo* indica que la costumbre debe ser una práctica arraigada en el tiempo, mientras que la *opinio iuris seu necessitatis implica* la distinción de la costumbre jurídica de la no jurídica o convencionalismo social, en el sentido de que la costumbre jurídica adquiere tal calidad en virtud de que el conglomerado social opina que es obligatoria. En efecto, en el ámbito del derecho internacional, como ya se ha dicho, la costumbre jurídica es obligatoria para los sujetos de derecho internacional.

Villoro señala que "Las costumbres jurídicas tienen los contenidos más variados, pero donde más influjo siguen teniendo es en aquellas partes del sistema jurídico que están todavía en un periodo de elaboración (como es el caso del Derecho Internacional)."[37] Y continúa ese autor: "la costumbre es la más antigua fuente formal del derecho. Los historiadores, etnólogos y sociólogos tienen por hecho bien conocido que la costumbre es la forma que revisten todos los sistemas primitivos del Derecho."[38]

Esta afirmación podría hacernos pensar que, siendo la costumbre una de las fuentes principales del derecho internacional público, este sería un sistema jurídico primitivo.

> Sin embargo, como bien lo explica Virally, se plantea que si el derecho internacional no es un derecho "primitivo" sino "diferente", su provenir ya no se presenta desde la misma perspectiva. Ya no se trata de imaginarlo con base en el modelo del derecho estatal... en lo sucesivo conviene considerarlo conforme a su propia línea, en función de las particularidades que hacen de él un orden original.[39]

En efecto, ya antes, al intentar dilucidar la naturaleza del derecho internacional a partir de la definición de derecho objetivo que propone Villoro, apuntábamos que tal

[36] Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.,* p. 164.
[37] *Ibidem*, p. 165.
[38] *Ibidem*, p. 164.
[39] Michel Virally, *op. cit.,* p. 106.

definición resultaba inapropiada para intentar definir al derecho internacional, puesto que estaba diseñada para explicar la naturaleza del derecho estatal y no respondía a las características propias del derecho internacional.

La costumbre es, entonces, fuente formal del derecho internacional y, en consecuencia, del derecho internacional de los derechos humanos.

Como hemos indicado, la expedición de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* el 10 de diciembre de 1948 resulta central en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos. También hemos señalado respecto de tal Declaración que, aunque en su origen fue un instrumento declarativo y, por ende, no vinculante para los Estados, su aceptación generalizada la ha convertido en un instrumento obligatorio. Así puede afirmarse, como lo hacen diversos internacionalistas, según recuerda Jaime Oraá Oraá, que "las evidencias de la práctica posterior de los Estados y de los órganos de la comunidad internacional respecto de la DUDH son muy abundantes y confirmarían su carácter de norma consuetudinaria".[40] Oraá Oraá nos indica que debemos tener en cuenta que "las evidencias en el campo del derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos tienen, sin alejarse demasiado del régimen general, sus propias particularidades". Y a continuación cita diversos tipos de prácticas que

> son relevantes para la consolidación del derecho consuetudinario de los derechos humanos... la quasi-universal adhesión a la *Carta* de las NU y a sus cláusulas de derechos humanos, la quasi-universal y frecuentemente reiterada aceptación de la *Declaración Universal* incluso aunque sólo fuera en principio; la quasi-universal participación de todos los Estados en la preparación y adopción de acuerdos internacionales reconociendo principios de derechos humanos en general, o derechos concretos; la adopción de principios de derechos humanos por Estados en organizaciones regionales en Europa, Latinoamérica y África... el apoyo general por parte de los estados de las resoluciones de las NU declarando, reconociendo, invocando y aplicando principios internacionales de derechos humanos como derecho internacional; las acciones de los Estados para adecuar su derecho nacional y su práctica a los estándares o principios declarados por los órganos internacionales, y la incorporación de las cláusulas de derechos humanos, directamente o por referencia a las constituciones nacionales y demás leyes; la invocación de principios de derechos humanos en la política nacional, en la práctica diplomática, en las organizaciones internacionales; comunicaciones y acciones diplomáticas expresando el punto de vista de que ciertas prácticas violan el derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo las condenas y otras reacciones adversas del Estado a las violaciones de otros Estados.[41]

Es claro, pues, que la costumbre es fuente formal fundamental en la gestación del derecho internacional de los derechos humanos.

[40] Jaime Oraá Oraá, "En torno al valor jurídico de la Declaración Universal", en *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp. 189 y 190.

[41] "US Restatement: US Rest, 3rd", *Restatement of the Foreign Relations Law of the USA,* American Law Institute, Washington, 1987, vol. II & 702, p. 154, n. 2. (La traducción es nuestra.) Citado por Jaime Oraá Oraá, *op. cit.,* pp. 189 y 190.

Principios generales de derecho

El ya mencionado artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, en su inc. *c)*, incluye los principios generales de derecho como una de las fuentes del derecho internacional público. El mencionado artículo se refiere a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, de modo que no resulta sorprendente que, según Ian Brownlie, autores como Rot y Phillimore "consideran a los principios en términos de normas aceptadas en el derecho doméstico de los estados civilizados, y Guggenheim sostiene un firme punto de vista de que el párrafo C debe ser aplicado en tal sentido".[42] Es por ello que, sin caer en exageraciones, resulta ilustrativo acudir a conceptos de derecho doméstico para explicar conceptos de derecho internacional, tal como lo hacemos recurrentemente a lo largo de esta obra. Sin embargo, no debemos olvidar las objeciones que Virally plantea a la práctica o a la tendencia de reducir el derecho internacional a una derivación de los principios del derecho interno. En este sentido Virally expresa, al hablar sobre los medios que pueden utilizarse para dar una idea más patente de lo que sería el *jus cogens*, que

> algunos autores lo vincularon con nociones similares tomadas del derecho interno como las de orden público... un procedimiento así recurre al razonamiento por analogía, según una costumbre constante en los autores cuando tienen ante sí una nueva noción que surge en el derecho internacional. Desde luego es muy tentador, en dicha circunstancia, hacer referencia a instituciones del derecho estatal que a menudo existen desde hace siglos y cuyos rasgos, por consiguiente, se pudieron elaborar con precisión. En muchos casos, este método se utilizó con éxito. Sin embargo, sólo puede ser manejado con una excesiva prudencia... En efecto, existen diferencias considerables de situación entre la sociedad internacional y la sociedad estatal...[43]

Sin duda, los principios generales del derecho ejercen gran influencia en la conformación del derecho internacional de los derechos humanos. Tanto es así que, como recuerda Oraá Oraá, "una parte de la doctrina ha fundamentado la normatividad de la DUDH" ha sido aquella que ha visto en la declaración "Principios Generales del Derecho". Y agrega: "ya hace años Theodor Meron se sorprendía de que la categoría de los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas no hubiese recibido mayor atención como método para obtener un reconocimiento jurídico mayor para los principios de la *Declaración Universal* y otros instrumentos de los derechos humanos".[44]

[42] Ian Brownlie, *op. cit.*, p. 16.

[43] Michell Virally, *op. cit.*, p. 166. Debemos reconocer que hemos caído en la tentación a que se refiere Virally, y que las analogías que a lo largo de este libro hacemos con el derecho mexicano deben tomarse como simples herramientas didácticas, utilizadas para aclarar conceptos, por lo que esperamos que el lector las considere "con excesiva prudencia", tal como Virally recomienda.

[44] Jaime Oraá Oraá, *op. cit.*, pp. 193 y 194.

Jurisprudencia

Hay tribunales internacionales encargados de la resolución de controversias derivadas del incumplimiento de las normas del derecho internacional. En materia de protección jurídica internacional de la persona humana existen tribunales internacionales creados por tratados internacionales, ya sea del tipo normativo que describimos, o a través de un "estatuto", que es una especie de tratado orgánico, es decir, tiene como finalidad crear al órgano jurisdiccional y establecer su competencia y sus funciones.

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) fue creada por la *Carta de las Naciones Unidas* y se rige por su propio estatuto, que forma parte integrante de la Carta. La Corte solamente tiene facultades para dirimir controversias entre Estados, a diferencia de la Corte Interamericana, que conoce de casos que somete a su consideración la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), derivados de quejas presentadas por individuos que han sido objeto de alguna violación a sus derechos humanos. No obstante, la CIJ ha emitido algunas decisiones, aunque contadas, de gran celebridad, acerca de asuntos relativos a la protección de la persona humana.[45]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es un tribunal internacional creado por un tratado normativo de derechos humanos llamado *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. De acuerdo con esta Convención, la Corte solamente puede conocer casos en los que esté involucrado algún Estado parte en la misma, cuando el Estado haya reconocido la competencia contenciosa de la Corte de modo expreso, ya sea para el caso particular o para cualquier otro relacionado con la interpretación o aplicación del tratado.[46]

Se han establecido algunos tribunales penales internacionales para conocer casos de responsabilidad por crímenes de guerra y de lesa humanidad, como los de Nuremberg, Tokio, Rwanda y la ex Yugoslavia, que son de carácter transitorio, y los dos últimos que aún operan, en Arusha y La Haya. En 1998 se aprobó, en Roma, el estatuto del primer Tribunal Penal Internacional permanente, que todavía no entra en vigor.[47]

Los tribunales internacionales tienen facultades para dirimir controversias específicas por medio de sentencias, que están provistas de obligatoriedad plena para las

[45] Véase Maurizio Ragazzi, *op. cit.*, pp. 74-187.

[46] Sobre la Corte IDH puede verse, por ejemplo, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1999. También puede consultarse *Repertorio de jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University, Washington, D. C., 1998.

[47] Para una descripción de la evolución del derecho penal internacional desde 1945 hasta el estatuto del Tribunal Penal Internacional de 1998 y un análisis del derecho penal internacional, véase la obra de Cherif M. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2a. ed., Kluwer Law International, La Haya, 1999.

partes en el conflicto. Para las partes involucradas, estas sentencias son plenamente vinculantes. Además, las decisiones judiciales conforman la "jurisprudencia". Si bien es cierto que en sentido estricto las sentencias son obligatorias solo para las partes en el conflicto del que fueron consecuencia, las interpretaciones realizadas por los tribunales internacionales con motivo de los procesos constituyen precedentes judiciales que forman parte del derecho internacional y que "obligan", aunque sea indirectamente, a los demás sujetos de derecho obligados por la norma aplicada e interpretada por el tribunal. Por eso, el *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, en el inciso *d)* del artículo 38, prevé que la Corte debe aplicar "las decisiones judiciales... como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho".

Esto podría entenderse como que las sentencias de los tribunales internacionales, respecto de casos en los que un determinado Estado no fue parte, solamente tendrían el carácter de criterios orientadores o auxiliares y, por tanto, no vinculantes *stricto sensu*. Sin embargo, en el orden jurídico mexicano, por lo que se refiere por lo menos a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no es así. Como ya se indicó en el capítulo 1, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una de sus tesis derivadas de la resolución de la contradicción de tesis 293, decidió lo siguiente:

> JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

Las sentencias son, pues, actos formal y materialmente jurisdiccionales, en tanto provienen de un tribunal y definen una controversia. Sin embargo, tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ocasiones emiten actos llamados *medidas provisionales*, que son órdenes concretas, dirigidas a algún Estado en particular, requiriéndole que adopte medidas tendentes a la prevención de alguna violación de derechos que parezca inminente. Este tipo de actos, aunque formalmente jurisdiccionales, son materialmente administrativos y vinculantes para el Estado receptor.

Instrumentos no vinculantes *stricto sensu*

Los tribunales internacionales también tienen facultades para emitir "opiniones consultivas", que son interpretaciones generales de alguna norma. Estas opiniones consultivas se consideran derecho no vinculante, es decir, sin el carácter de obligatorias en estricto sentido, aunque de gran valor e influencia, porque se trata de interpretaciones que realizan órganos jurisdiccionales en aplicación directa de su función interpretadora de los tratados correspondientes.[48]

Se trata de actos formalmente jurisdiccionales, pero materialmente no lo son, por no tener el carácter de resoluciones judiciales *stricto sensu*, pues son de carácter general.

Declaraciones

Entre los instrumentos no vinculantes *stricto sensu* encontramos los instrumentos "declarativos", emitidos por organismos internacionales y por conferencias en las que participan representantes de los países integrantes de la ONU o de determinadas regiones o grupos. Dependiendo de la jerarquía del órgano que emita la declaración y de la importancia y jerarquía que el organismo o la conferencia tenga en la comunidad internacional, podrá atribuírsele mayor o menor valor jurídico a la misma.

Sin duda, el organismo internacional de mayor importancia y jerarquía en la comunidad internacional es la Organización de las Naciones Unidas, fundada el 26 de junio de 1945 y a la que pertenecen, salvo contadísimas excepciones, todos los países del mundo.

La *Carta de las Naciones Unidas* prevé diversos órganos. Entre ellos, la Asamblea General, en la que participan todos los integrantes de la ONU. Respecto del derecho de los derechos humanos, el Consejo de Derechos Humanos,[49] creado mediante la resolución 6/251 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de marzo de 2006,[50] e integrado por 47 países miembros "que serán elegidos de forma directa e individual en votación secreta por la mayoría de los miembros de la Asamblea General; la composición estará basada en una distribución geográfica equitativa y los puestos se distribuirán entre los grupos regionales de la manera siguiente: Grupo de Estados de África, trece; Grupo de Estados de Asia, trece; Grupo de Estados de Europa oriental, seis; Grupo de Estados de América Latina y el Caribe, ocho; y Grupo de Estados

[48] Para entender la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos véase el estudio de Thomas Buergenthal, "The advisory practice of the Inter-American Human Rights Court", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1999, p. 27.

[49] Véase Rosa Freedman, *The United Nations Human Rights Council: A Critique and Early Assessment*, Routledge Taylor & Francis Group, Londres y Nueva York, 2013.

[50] *Cfr.* http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/60/251&Lang=S

de Europa occidental y otros Estados, siete; los miembros del Consejo desempeñarán sus funciones durante un período de tres años y no podrán optar a la reelección inmediata después de dos períodos consecutivos."[51]

De acuerdo con el párrafo 10 de la Resolución, el Consejo se reúne como mínimo tres veces al año, "incluido un período de sesiones principal, que tendrán una duración total no inferior a diez semanas, y podrá celebrar períodos extraordinarios de sesiones, cuando sea necesario, a solicitud de un miembro del Consejo con el apoyo de un tercio de los miembros de éste".

El primer presidente del Consejo fue el embajador Luis Alfonso de Alba de México. Bajo su extraordinario y reconocido liderazgo se elaboraron las reglas específicas de funcionamiento del Consejo y las reglas de los Procedimientos Especiales, a los que nos referiremos más adelante. Dichas reglas quedaron plasmadas en el "paquete de construcción institucional"[52] aprobado por resolución 5/1 del propio Consejo del 18 de junio de 2007.

Uno de los aspectos novedosos del Consejo fue la creación del llamado "Examen Periódico Universal", en el que deben participar todos los miembros de la Organización, pero prioritariamente los integrantes del Consejo, durante el tiempo en el que sean parte del mismo. El resultado de dicho examen es la emisión de recomendaciones que formulan los Estados participantes en el diálogo derivado del examen, mismas que el Estado concernido analiza y acepta o rechaza. Las recomendaciones, como su nombre lo indica, no son estrictamente vinculantes para los Estados receptores de las mismas, aunque aquellas que son "aceptadas" puede decirse que adquieren un compromiso mayor que las emitidas por otros mecanismos, a los que nos referiremos más adelante, que son emitidas unilateralmente y que no requieren ser aceptadas o rechazadas por el Estado receptor.

México ya había sido objeto de examen en dos ocasiones, hasta la fecha en que se escribe este texto. [53]

La Asamblea General o el Consejo de Derechos Humanos emiten declaraciones que con frecuencia evolucionan en tratados internacionales. También emiten resoluciones que contienen principios relacionados con los derechos humanos.

Debe destacarse la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, que se originó como un documento declarativo y, por tanto, no vinculante. La aceptación y el respeto que este instrumento se ha ganado justificadamente hacen que se le considere

[51] Párrafo 7 de la Resolución.

[52] *Cfr.* http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_5_1.doc

[53] *Cfr.* http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/MXSession17.aspx

obligatorio para todos los países del orbe. Con base en ella se redactaron los Pactos de Nueva York, de 1966: el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Asamblea General de la ONU ha emitido diversos instrumentos declarativos sobre el tema de derechos, que aunque se les considera de derecho no vinculante se les reconoce su importancia, ya que, como dijimos, pueden convertirse en tratados internacionales.

Debido a la gran influencia que han tenido en el desarrollo de la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos, destacan dos documentos de carácter declarativo, emitidos por conferencias internacionales celebradas para el tratamiento de los derechos humanos, a las que ya nos referimos. El primero es la *Proclamación de Teherán*, emitida por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968. El segundo es la *Declaración y Programa de Acción de Viena*, emitida por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena, Austria, del 14 al 25 de junio de 1993.

El Consejo de Derechos Humanos –en sus periodos de sesiones celebrados en Ginebra, Suiza– emite un gran número de resoluciones consideradas instrumentos no vinculantes, pero que también son de gran importancia.

En palabras de César Sepúlveda, una declaración o resolución "contribuye, en ocasiones, a la cristalización de una norma en formación, que sólo se ha manifestado vagamente en la práctica. En otras, puede constituir un acto preparatorio de un tratado. Equivale, otras veces, a un acto cuasi-legislativo, a la formación de una norma *in fieri*".[54]

Mecanismos extraconvencionales

Debido a su grandísima importancia en el tema del derecho internacional de los derechos humanos, resalta la creación –por resolución de la Asamblea General de la ONU, en diciembre de 1993– del cargo de alto comisionado de derechos humanos, con rango de secretario general adjunto y quien reporta directamente al secretario general de la ONU. La oficina del alto comisionado tiene funciones de promoción de los derechos humanos y la celebración de los tratados sobre la materia, de contribución para el desarrollo de nuevas normas, de dirección en la esfera de los derechos humanos, de estímulo en y para la cooperación internacional en favor de los derechos humanos, de apoyo a los órganos de derechos humanos y a los de supervisión de tratados, de prevención de violaciones de derechos humanos y de reacción ante las mismas, así como de prestación de servicios de cooperación técnica en donde se

[54] César Sepúlveda, *op. cit.*, p. 107.

requiera. De ahí que la ONU tenga presencia, por medio de lo que se conoce como *Oficinas de Presencia en el Terreno* y de *Cooperación Técnica*, en múltiples países del mundo. Los pronunciamientos del alto comisionado siempre se escuchan como declaraciones de gran peso.

A partir de las facultades conferidas al Consejo de Derechos Humanos y de su predecesora, la Comisión de Derechos Humanos, se han instituido los Procedimientos Especiales, que son ejercidos por el mandato que se puede otorgar a grupos de trabajo, integrados por expertos que actúan a título personal, o relatores especiales, que son individuos conocedores del tema de derechos humanos, para analizar o investigar la situación que guardan los derechos humanos en determinadas regiones o países del mundo (conocidos como *mandatos por país),* o bien a fin de estudiar la situación de algún derecho humano en particular en todo el mundo (llamados *mandatos temáticos).*

A los mandatos y a las funciones de los grupos de trabajo y relatores especiales, sean por país o temáticos, se les conoce como *Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.* Estos relatores y grupos de trabajo emiten informes públicos en el marco de su mandato, que también sirven como documentos de influencia en el análisis y tratamiento de los temas relacionados con el derecho internacional de los derechos humanos. Además, los titulares de los mandatos realizan misiones de acopio de información en el terreno, mediante visitas oficiales a los países que deciden invitarlos. Al término de la visita, los titulares de los procedimientos especiales elaboran un informe de la misma, que contiene su evaluación de la situación e incluyen diversas recomendaciones al país visitado. [55]

Mecanismos convencionales[56]

Diversos tratados sobre derechos humanos contemplan el establecimiento de órganos de vigilancia de las estipulaciones respectivas; están integrados por individuos, expertos en la materia, que actúan a título personal.[57] Y tienen facultades para recibir

[55] Para mayor información sobre los procedimientos especiales, véase: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Welcomepage.aspx

[56] Véase Jack Donnelly, *Derechos humanos universales en teoría y en la práctica,* 2a. ed., Gernika, México, 1998, p. 308; Thomas Buergenthal, *Derechos humanos internacionales, op. cit*., pp. 71, 211-217; Sian Lewis-Anthony, "Treaty-Based Procedures for Making Human Rights Complaints within the UN System", en *Guide to International Human Rights Practice,* 3a. ed., Hurst Hannum, Transnational Publishers, Ardsley, Nueva York, 1999; Héctor Fix-Zamudio, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos,* 2a. ed., Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1999, pp. 277 y ss., 471 y ss.; Henry J. Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in Context, Law, Politics, Morals,* Clarendon Press, Nueva York, 1996, capítulos 9 y 10.

[57] Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, contemplado en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; el Comité Contra la Tortura, previsto en la *Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, contemplado en la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*.

las llamadas *peticiones, comunicaciones individuales* o, más propiamente dicho, *quejas presentadas por individuos*, en virtud de las cuales estos aducen que alguno de los derechos amparados por el tratado fue violado por el Estado parte en el tratado y en perjuicio de aquel, o bien puede tratarse de quejas de un Estado contra otro, cuando el quejoso alegue que el otro Estado incurrió en alguna violación a las estipulaciones del tratado.

Como regla general, para que el órgano respectivo acepte las quejas que presentan los individuos, el Estado parte no solo debe serlo en el tratado respectivo, sino que, además, debe haber declarado expresamente que reconoce la competencia del órgano para tales efectos.[58] Esta declaración, como regla general, se hace en el momento de adherirse al tratado o en tiempo ulterior, mediante el depósito del instrumento que contenga la declaración de aceptación de competencia.[59]

Del mismo modo, para que el órgano correspondiente reciba y conozca un caso sometido por un Estado parte contra otro, ambos Estados debieron haber reconocido de manera expresa la competencia del órgano, respecto de sí mismos, para conocer de los asuntos.

Es importante destacar que, aunque los órganos mencionados tienen como función, en este caso, conocer un conflicto entre dos partes (por ejemplo, un individuo contra un Estado, o un Estado contra otro Estado), sus decisiones no son estrictamente vinculantes, como son las de un tribunal. Las decisiones o resoluciones de este tipo de órganos tienen el carácter de muy importantes recomendaciones que formula el órgano al Estado respectivo cuando, después de concluido el proceso, el órgano de vigilancia haya encontrado que el Estado incurrió en alguna violación a las disposiciones del tratado.[60]

Por tanto, a los procedimientos seguidos ante estos órganos se les llama *procedimientos cuasijurisdiccionales*, pues en realidad se trata de una especie de solución de controversias. A las resoluciones emitidas por ellos se les podría identificar como *cuasisentencias*, que conforman la "cuasijurisprudencia" de cada órgano.

[58] En los términos del artículo 44 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, no es necesario hacer declaración de competencia para que la Comisión acepte peticiones individuales; esta competencia se entiende reconocida automáticamente por el Estado parte en el momento en que se adhiere a ella.

[59] La competencia para conocer de peticiones individuales del Comité de Derechos Humanos, creado por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, se debe reconocer mediante la adhesión del Estado parte en el Pacto al Primer Protocolo Facultativo del Pacto, que tiene precisamente esta finalidad.

[60] Cabe destacar el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo 81 de la sentencia emitida en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú* (17 de septiembre de 1997), en el que afirma que "el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte 'para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes', por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes".

Estos órganos han desarrollado un importante cúmulo de precedentes cuasijurisdiccionales, que son sólidos criterios de interpretación de los tratados respectivos y elementos integrantes del derecho internacional de los derechos humanos.

Así como los tribunales internacionales emiten las llamadas *opiniones consultivas*, este tipo de órganos dictan criterios generales de interpretación de los tratados que les corresponden; se llaman *observaciones generales y* también son de gran relevancia en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

Los Estados parte en los tratados de derechos humanos que contemplan órganos de vigilancia como los mencionados tienen la obligación de rendir informes –periódicamente o cada vez que el órgano lo solicite, según lo prevea el tratado respectivo– relativos a la situación que guarda el goce de los derechos humanos en el territorio del Estado correspondiente y las medidas legislativas o de cualquier otra índole que el Estado haya adoptado para asegurar la eficacia de los derechos protegidos por el tratado y, sobre ellos, los órganos de vigilancia pueden emitir recomendaciones al Estado parte.[61]

Algunos órganos de vigilancia, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,[62] el Comité contra la Tortura,[63] y el Comité contra las Desapariciones Forzadas,[64] tienen facultades para realizar visitas *in situ* o *in loco a* los países parte en los tratados, a invitación o de acuerdo con el Estado, de las que se derivan informes de la visita.[65]

Estas recomendaciones también tienen una limitada fuerza vinculante para el Estado receptor de la recomendación, debido a que son de menor "dureza" que las que se derivan de un caso particular de violación de derechos humanos, en el que el órgano oyó a ambas partes y emitió una cuasisentencia. Sin embargo, no por ello tales recomendaciones dejan de ser consideradas decisiones importantes en la conformación del derecho internacional de los derechos humanos.

En 2002, México reconoció la competencia para conocer de quejas o peticiones de individuos que aleguen haber sido víctimas de violaciones de derechos humanos atribuibles al Estado mexicano, de algunos órganos de vigilancia previstos en tratados

[61] Además de los comités señalados, respecto de esta función de recepción de informes debemos considerar al Comité de los Derechos del Niño, contemplado en la *Convención sobre los Derechos del Niño*, y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, previsto en la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.*

[62] Artículo 18 *g)* del *Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.

[63] Artículo 20.3 de la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.*

[64] Artículo 33 de *la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*.

[65] Véase, por ejemplo, el *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en México,* OEA/ Ser.L/V/II.100. Doc. 7, rev. 1, septiembre de 1998; el original está en español.

internacionales, entre los que se destaca la del Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y el Subcomité para la Prevención de la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Comité sobre Trabajadores Migratorios.

Desafortunadamente, México no ha hecho las declaraciones de competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ni del Comité de los Derechos del Niño, ni del Comité contra las Desapariciones Forzadas.

1. Proponga una definición de derecho internacional de los derechos humanos.
2. Explique por qué el entendimiento de una definición de derecho, desde la perspectiva del derecho doméstico, dificulta el análisis del derecho internacional.
3. Explique por qué algunos autores niegan la existencia del derecho internacional.
4. Investigue en las páginas de internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, cuántos procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos existen en el momento en que se realice la investigación; divídalos entre procedimientos orientados a la protección de:

   a) un derecho

   b) un grupo humano en particular, o

   c) para la vigilancia de la situación de los derechos en algún país determinado.

4. Investigue en las páginas de internet de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, cuántos comités de tratados internacionales de derechos humanos existen en el momento en que se realice la investigación. Elija uno de ellos, lea el más reciente informe anual de dicho comité y relaciónelos con el contenido de este capítulo.
5. Visite la página de internet de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, identifique sus actividades y funciones, y relaciónelas con el contenido de este capítulo.
6. Visite la página de internet de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, identifique sus actividades y funciones, y relaciónelas con el contenido de este capítulo.

capítulo 3

Naturaleza jurídica de los tratados internacionales sobre derechos humanos

Propósitos

Al finalizar este capítulo, el lector será capaz de:

- Definir y comprender el concepto tratado internacional y los elementos que lo conforman.
- Entender la importancia de las normas de jus cogens para la validez de los tratados, y particularmente en torno a los tratados de derechos humanos.
- Comprender el concepto reservas a tratados de derechos humanos, y discernir sobre su validez o invalidez, particularmente si la reserva recae en una norma protectora de derechos humanos.
- Entender el concepto denuncia de tratados y las peculiares implicaciones que este acto tiene en los tratados de derechos humanos.

De acuerdo con la *Ley sobre la Celebración de Tratados* (LCT), un tratado es (artículo 2º):

> el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.

Por su parte, la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (CVDT), de 1969, define el tratado como un "acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".

Cabe aclarar que la Convención de Viena dispone expresamente que regula solo tratados celebrados entre Estados y no los acuerdos internacionales en que participen otros sujetos del derecho internacional, como los organismos internacionales, de ahí la diferencia en este punto con la definición que proporciona la LCT. La celebración de tratados entre Estados con otros sujetos de derecho internacional o entre organismos internacionales está regida por la *Convención de Viena sobre el Derecho de los*

Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Estas, de 1986 (aún no está en vigor).

En ambas definiciones destaca el concepto de *acuerdo* o *convenio*. Como fuente del derecho internacional, los tratados crean obligaciones o, en su virtud, se modifican o terminan. La LCT, sin embargo, se refiere solo a la asunción de compromisos y no a su terminación o modificación.

Así, como cualquier convenio, un tratado debe reunir determinados elementos que le son necesarios para existir y tener validez entre las partes que lo celebren, como el consentimiento expresado por quienes tengan capacidad de hacerlo y ausencia de vicios que pudieran provocar su inexistencia o nulidad, un objeto física y jurídicamente posible, la licitud en el objeto y en el fin, así como la forma prescrita por la ley que los regula.

No pretendemos analizar estos elementos, porque rebasarían el objeto de este trabajo. Sin embargo, debemos hacer algunas puntualizaciones necesarias para comprender la naturaleza de los tratados en materia de derechos humanos, que forman parte de nuestro sistema jurídico.

Consentimiento

En primer lugar, en cuanto al consentimiento, una de las características comunes de los tratados en materia de derechos humanos de los que México es parte es que son multilaterales. En virtud del motivo o fin de este tipo de tratados, se trata de acuerdos multilaterales, en los que el consentimiento se expresa por medio de la "adhesión".[1] Todos los tratados mencionados son producto del trabajo de redacción y negociación de comisiones o conferencias internacionales para su posterior consideración por las partes potenciales.[2]

[1] La *Convención de Viena sobre la Celebración de Tratados* señala: "15. *Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la adhesión*. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la adhesión:

a) cuando el tratado disponga que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión;
b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión; o
c) cuando todas las partes hayan consentido ulteriormente que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión."

[2] La Convención estipula: "9. *Adopción del texto.* 1. La adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párrafo 2.

2. La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente."

Los tratados universales en materia de derechos humanos han sido elaborados en el seno de la ONU, la OIT o la UNESCO, mientras que los regionales se han derivado de los trabajos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sistema de la OEA. En todos los casos, los tratados establecen ante quién debe depositarse el instrumento de adhesión, que constituye, precisamente, el medio a través del cual se expresa el consentimiento en este tipo de tratados. En los tratados universales elaborados en el seno de la ONU, el instrumento de adhesión se deposita ante el secretario general de las Naciones Unidas –por ejemplo, artículo 48 (2) del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículo 26 (4) del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, artículo 25 (2) de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*–, y en los tratados del sistema interamericano, ante el secretario general de la OEA –por ejemplo, artículo 74 (2) de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y artículo 2 de la *Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer.*

Reservas

En los tratados multilaterales puede suceder que no todos los Estados parte estén de acuerdo en todas sus estipulaciones. Con el fin de facilitar su celebración y entrada en vigor, en el derecho internacional se creó la figura de las *reservas*, que son declaraciones que hacen los Estados parte, casi siempre en el momento de su adhesión, en las que expresan su decisión de no quedar obligados por un artículo determinado del tratado, lo que sería una reserva absoluta al artículo mencionado; o de no quedar obligado parcialmente por las estipulaciones de un artículo del tratado, lo que representaría una reserva parcial; o de quedar obligado, pero aclarando el sentido en que se entenderá que queda obligado, lo que constituiría una declaración interpretativa.[3] México hizo reservas diversas a algunos tratados y que mencionaremos en su oportunidad. Además, al referirnos a la licitud en el objeto o en el motivo como elemento de validez de los tratados, aludiremos con detalle al problema que plantean las reservas a los tratados en materia de derechos humanos.

El objeto y el fin de los tratados sobre derechos humanos

De acuerdo con la teoría general del contrato, el objeto directo o inmediato en un contrato es "la creación o la transmisión de obligaciones o derechos", mientras que el

[3] Véanse los artículos 19 a 23 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.

objeto indirecto o mediato "puede ser o la prestación de una cosa o la cosa misma; o bien la prestación de un hecho, o el hecho mismo".[4] Cabe agregar, en este último caso, la abstención como objeto indirecto del contrato. En los tratados sucede lo mismo. Nos referiremos primero al objeto directo de los tratados sobre derechos humanos. En virtud de ellos se crean obligaciones de los Estados.

El objeto de los tratados en materia de derechos humanos se distingue del de otros tipos de tratados en virtud de que los compromisos que asumen las partes son "frente" a las demás partes, pero no "para el beneficio" de las demás partes. No son, en este sentido, convenios sinalagmáticos, en los que las prestaciones y contraprestaciones están perfectamente determinadas entre las partes, como sucede en un tratado en el que, por ejemplo, un Estado le vende a otro algún bien a cambio de una contraprestación, o los tratados de carácter comercial, en los que los compromisos que asumen las partes son en beneficio directo de la contraparte o de los nacionales de su Estado, y de manera recíproca la otra parte acepta otros compromisos en contraprestación; entonces se da el "sinalagma". En este sentido, "debe haber una estrecha *interdependencia* de la obligación a cargo de una parte y la obligación a cargo de la otra parte";[5] por ende, "hay contratos en los que a pesar de existir obligaciones a cargo de una y otra parte no son propiamente bilaterales o sinalagmáticos, en virtud de que falta el nexo de *reciprocidad* o *interdependencia* de una y otra obligación".[6]

En los tratados en materia de derechos humanos, los Estados se comprometen ante los demás a respetar los derechos de los habitantes, independientemente de su nacionalidad.[7] Se asumen obligaciones, pero estipuladas en favor no del Estado contraparte en el tratado ni de sus nacionales, sino de los habitantes del Estado.[8] Este tipo de obligaciones dan al individuo la calidad de "sujeto" del derecho internacional, aunque no en el sentido de capacitarlo para incurrir en obligaciones convencionales por sí, sino simplemente como beneficiario de los derechos que se derivan del tratado. Esto se deriva de la naturaleza de los derechos que se reconocen en virtud del tratado. Es decir, los tratados sobre derechos humanos no "crean" derechos sino, más bien, los reconocen como anteriores a la celebración del tratado y como inherentes a las personas; por tanto, estas los tienen, a pesar de no expresar su consentimiento o, aun

[4] Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 4a. ed., Porrúa, México, 1978, p. 21.

[5] *Ibidem,* p. 79.

[6] *Ibidem,* p. 82.

[7] En este sentido véase Jesús Rodríguez y Rodríguez, *Las reservas formuladas por México a instrumentos internacionales sobre derechos humanos,* Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1996, pp. 25 y 26.

[8] No se trata de estipulaciones en favor de terceros Estados (*Convención de Viena sobre la Celebración de Tratados*, artículos 36 y siguientes), sino de estipulaciones en favor de terceros, en tanto los beneficiarios de los derechos derivados de los tratados no son "partes" *stricto sensu,* al no suscribir por sí el convenio.

más, a pesar de que no desearen tenerlos. Las palabras de Roberto Núñez y Escalante confirman este concepto: "Los derechos del hombre no derivan de la voluntad del Estado, tampoco le son atribuidos por la comunidad internacional, ni por el principio de autoridad; derivan de la misma naturaleza humana, son inherentes a su calidad de hombre, en forma tal que son irrenunciables."[9]

Sobre el particular resultan muy ilustrativas las consideraciones del juez Antônio A. Cançado Trindade, vertidas en su voto razonado a la sentencia del 24 de enero de 1998 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Blake*:

> Las soluciones del primero [se refiere al derecho de los tratados], consagradas en las dos Convenciones de Viena sobre Derechos de los Tratados (de 1969 y 1986), fueron erigidas en gran parte sobre la premisa del equilibrio del acuerdo de voluntades entre los propios Estados soberanos, con algunas significativas concesiones a los intereses de la llamada comunidad internacional (identificadas sobre todo en la consagración del jus cogens en los artículos 53 y 64 de ambas Convenciones de Viena). Las soluciones del segundo [se refiere al Derecho Internacional de los Derechos Humanos] se erigen sobre premisas distintas, contraponiendo a dichos Estados los seres humanos victimados bajo su jurisdicción, titulares últimos de los derechos de protección.[10]

El motivo determinante de la voluntad de las partes en el tratado no es el beneficio propio, sino el de los sujetos últimos y, en realidad, únicos de todo derecho: los seres humanos. Recordemos la célebre opinión consultiva en cuanto a las reservas a la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, en la que la Corte Internacional de Justicia manifestó:

> La Convención fue adoptada manifiestamente para un propósito puramente humanitario y civilizante... En dicha convención los Estados contratantes *no tienen ningún interés propio; ellos tienen meramente, uno y todos, un interés común,* llámese el logro de esos altos propósitos que son la *raison d'etre* de la Convención. Consecuentemente, en una convención de este tipo no se puede hablar de ventajas o desventajas individuales de los Estados, o del mantenimiento de un equilibrio contractual perfecto entre derechos y obligaciones.[11]

Con verdadero énfasis, la Corte Internacional de Justicia confirmó, en otras decisiones y opiniones posteriores, como en el caso *Barcelona Traction*, el criterio señalado. Así, quedó establecido que las obligaciones en materia de derechos humanos son *erga omnes*, es decir, obligaciones incurridas ante todos los Estados, de modo que cuando

[9] Roberto Núñez y Escalante, "Régimen jurídico internacional que concedería el máximo valor y la máxima protección a los derechos humanos", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 4, núm. 4, 1980, p. 75.

[10] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Blake*, sentencia del 24 de enero de 1998, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 17.

[11] Citada por Alfred Verdross, "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", en *The American Journal of International Law*, vol. 60, 1966. La traducción del inglés es nuestra; las cursivas son del texto original.

un Estado reclama el incumplimiento de una obligación de este tipo, no lo hace con el afán de reclamar "su derecho", sino el de la comunidad internacional en su conjunto y, en particular, el de los seres humanos.[12]

Al respecto, también es relevante lo que sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Debido a su importancia, y no obstante su extensión, nos permitimos transcribir algunos párrafos de esta opinión:

> 29. La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, *no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.* Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, *por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.* El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos...
>
> 33. Desde este punto de vista, y considerando que fue diseñada para proteger los derechos fundamentales del hombre independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro, la Convención no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: *un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción.*[13]

La misma Corte, en los casos *Ivcher Bronstein* y *Tribunal Constitucional*,[14] señaló:

> 42. La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno.

[12] Se dice que en el caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua la Corte asumió una posición contradictoria de este principio. Véase Stephen M. Schwebel, "The treatment of human rights and of aliens in the International Court of Justice", en Vaughan Lowe y Malgosia Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996.

[13] Las cursivas son nuestras.

[14] Organización de los Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C: Resoluciones y Sentencias, núm. 54, Caso Ivcher Bronstein, Competencia, Sentencia del 24 de septiembre de 1999 (y núm. 55, Caso del Tribunal Constitucional, Competencia, Sentencia del 24 de septiembre de 1999). La cita está tomada del primero.

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos, constituido conforme al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, expresó que: "Aunque los tratados que son meros intercambios de obligaciones entre Estados permiten reservas... sucede algo distinto en los tratados sobre derechos humanos, que son para beneficio de las personas dentro de su jurisdicción."[15]

En cuanto al objeto indirecto o mediato en los tratados, como en cualquier contrato, recordemos que puede consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer. En el caso de los tratados sobre derechos humanos, como apuntamos, estas obligaciones no son en beneficio de los demás Estados contratantes, sino de los integrantes de la población del Estado adherente.

De manera típica, y en atención a que los derechos contemplados en los tratados son inherentes a las personas beneficiarias, las obligaciones en que los Estados incurren ante los demás Estados consisten en abstenerse de realizar cualesquier actos que vulneren los derechos de los habitantes de cada Estado o que impidan o restrinjan indebidamente su ejercicio. Sin embargo, no basta que los Estados "no hagan" nada que constituya una violación de derechos humanos para que estos derechos sean ejercidos de modo eficaz. Como señalamos en el capítulo 1, el poder estatal debe propiciar activamente el ambiente necesario para el ejercicio eficaz de los derechos.

En este sentido, los Estados parte en tratados de derechos humanos incurren en obligaciones consistentes en tomar medidas legislativas o de cualquier otra índole que lo permitan. Es decir, los tratados sobre derechos humanos también generan obligaciones "de hacer". Entre ellas, desde luego, se encuentran destinar los recursos económicos que sean necesarios para favorecer el ambiente propicio para el ejercicio de los derechos. Más aún, podríamos afirmar que los tratados de esta clase producen también obligaciones "de dar". En efecto, el poder estatal debe "dar" de manera directa a los beneficiarios lo que necesiten para hacer eficaces los derechos humanos, en tanto el ambiente no permita por sí mismo que los habitantes puedan allegarse de los bienes precisos para ejercerlos.

Por tanto, como también apuntamos, se habla de la integralidad de los derechos humanos; en este sentido, se puede hablar además de la integralidad del objeto de los tratados de derechos humanos, que consiste en obligaciones de dar, hacer y no hacer, dependiendo de las circunstancias y no solamente de los derechos.

[15] Human Rights Committee, General Comment 24 (52), UN Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 6 (1994), en J. P. Gardner (ed.), *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out,* British Institute of International and Comparative Law, Londres, junio de 1997.

Así, la distinción que con demasiada frecuencia se hace entre la naturaleza de los derechos pertenecientes a las llamadas *generaciones de derechos humanos* no es adecuada.

Responsabilidad estatal por incumplimiento de tratados sobre derechos humanos

Cabe reflexionar, en este momento, sobre el tipo de responsabilidad que genera el incumplimiento de este tipo de tratados. Si, como dijimos, no se trata de la responsabilidad internacional característica de los tratados bilaterales (o de tratados multilaterales en los que hay un incumplimiento de un Estado frente a otro, en cuyo caso la responsabilidad sería esencialmente bilateral), es decir, en la que incurre el Estado por incumplimiento frente al Estado a su vez afectado y que sufre un daño o perjuicio.

En el supuesto de los tratados en materia de derechos humanos, si un Estado incurre en un incumplimiento, los afectados, en esencia, no son los Estados contrapartes, sino los individuos que han sido objeto de la violación de sus derechos. Sin embargo, y ya que la responsabilidad estatal fue moldeada en el derecho civil –especialmente en el concepto de responsabilidad civil (*tort*) y derecho de propiedad– más que en derecho público o derecho penal,[16] y que en sus inicios el derecho internacional se limitó a las relaciones entre Estados, se sigue afirmando en derecho internacional que la parte agraviada en caso de incumplimiento de este tipo de tratados son los demás Estados parte en el tratado, y no la parte en verdad afectada por la violación.

Con esto no pretendemos, de ninguna manera, decir implícitamente que los demás Estados parte en un tratado sobre derechos humanos no debieran estar legitimados para reclamar el incumplimiento, ya que

> debe enfatizarse que los tratados multilaterales para la protección de derechos humanos, como cualesquiera otros, enmarcan derechos y deberes correlativos entre los Estados parte *ut singuli*, dando como resultado un deber de cada parte de cumplir con sus obligaciones vis-a-vis todos los demás, y como contrapartida, un derecho de cada parte de exigir el cumplimiento de todas las demás partes.[17]

Más aún, como manifestamos, este tipo de tratados entrañan obligaciones *erga omnes,* cuyo reconocimiento "plantea inevitablemente la cuestión de la existencia de unos medios paralelos de acción que permitan a cada uno de los miembros de la

[16] James Crawford y Phillip Allott, *Outline of the Course of History and Theory of International Law,* LLM Michaelmas Term, Cambridge, 1997, seminario 1.

[17] B. Simma, citado por B. G. Ramcharan, "State Responsibility for Violations of Human Rights Treaties", en *Contemporary Problems of International Law: Essays in Honour of Georg Schwarzenberger on his Eightieth Birthday,* Stevens & Sons Limited, Londres, 1988, p. 247.

Comunidad Internacional exigir jurídicamente el cumplimiento de las obligaciones en cuestión (*actio popularis*)".[18] En efecto, al referirse a la cuestión de la oponibilidad de las normas *erga omnes de jus cogens*, Ragazzi afirma: "un Estado está obligado por una norma de costumbre internacional independientemente de si ha expresado su consentimiento o no respecto de la formación de la regla consuetudinaria..."[19]

La parte agraviada no es la que sufre el agravio, sino "otros" Estados que son parte en el tratado incumplido, y, como parte agraviada, tienen derecho a exigir las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento, conforme lo establezca el propio tratado. Los individuos, como se explicó en el capítulo anterior, bajo el rubro "mecanismos convencionales", pueden acudir a los órganos de los tratados respectivos a reclamar la violación que aduzcan se ha cometido en su contra.

El incumplimiento de un tratado en materia de derechos humanos por un Estado parte no faculta a los demás para aplicar contramedidas respecto de obligaciones distintas del tratado de derechos humanos, pues el artículo 50, inciso 1, subinciso b), de los *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*,[20] establecen de manera expresa que las contramedidas no afectarán "las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales".

Es importante considerar las consecuencias que pudieran derivarse de la violación de un tratado de derechos humanos respecto de su vigencia. El artículo 60 de la *Convención de Viena sobre la Celebración de Tratados* se refiere a la terminación o suspensión de la aplicación de un tratado como consecuencia de su violación, y señala que la violación de un tratado por un Estado da derecho a los demás Estados parte para darlo por terminado o suspender su aplicación total o parcialmente, pero, en el párrafo 5 de este mismo artículo, establece una excepción importante, por demás congruente con los argumentos que se han vertido en párrafos anteriores. En efecto, el párrafo 5 del artículo que comentamos establece: "Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados."

Estamos convencidos de que la naturaleza de los tratados de derechos humanos nos lleva a la conclusión prevista en el precepto anterior, relativa a asuntos de derecho humanitario. Un Estado parte no puede, con el pretexto de que otro ha violado

[18] José Juste Ruiz, "Las obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional público", en *Estudios de derecho internacional: homenaje al profesor Miaja de la Muela*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1979, p. 228. También, sobre el concepto de *obligaciones erga omnes* y el de *jus cogens y actio popularis*, véase Maurizio Ragazzi, *op. cit.*, capítulo 10, pp. 189 y siguientes.

[19] *Ibidem*, p. 60.

[20] *Cfr.* http://www.uib.cat/depart/dpu/dip/pdf/dip0607/responsabilidad.pdf

un tratado de derecho humanitario, suspender los beneficios que ese tratado proporciona a los nacionales del Estado violador que estén bajo su control, como los prisioneros de guerra. Del mismo modo, un Estado parte en un tratado sobre derechos humanos no puede suspender la vigencia de este respecto de las personas bajo su jurisdicción que sean nacionales del Estado que hubiere violado las disposiciones del tratado.

Estas consideraciones son de gran relevancia en cuanto a la terminación de un tratado sobre derechos humanos, particularmente por retiro o denuncia, así como respecto de la responsabilidad estatal que puede generarse como consecuencia de la formulación de una reserva hecha a una norma contenida en un tratado que fuera reflejo de un principio de *jus cogens* internacional, como veremos más adelante.

Más aún, la responsabilidad internacional por violación de derechos humanos no solo es consecuencia de la celebración de tratados sobre la materia. Las normas protectoras de los derechos humanos obligan más allá del consentimiento de las partes. En este sentido, Roberto Núñez y Escalante pedía un "compromiso de todos los Estados de no mantener relaciones ni diplomáticas, ni comerciales, ni de otra naturaleza, con aquellos Estados que no reconozcan dentro de su legislación los derechos humanos, o que no aseguren a sí mismos la forma de respeto para éstos, o que por actos de fuerza violen tales derechos o hagan imposible su ejercicio". E iba más allá:

> Es por ello aplicable a lo que proponemos, que aquellos Estados que se abstengan de celebrar un tratado como el que se requiere, o que se nieguen a aceptar las sanciones correlativas, deben quedar fuera de cualquier relación con los Estados que hayan accedido, ya que los Estados abstencionistas están manifestando, en forma concreta y directa, su rebeldía a reconocer los derechos del hombre, y su intención de no hacer que tales derechos sean respetados dentro de su territorio.

Y por si fuera poco, remata:

> Solamente una presión efectiva de todos los Estados podrá lograr que otro Estado cualquiera desconozca o viole los derechos humanos; y qué mejor presión puede ejercerse que la del aislamiento total, ya que esta terapéutica ha sido aconsejable para todos aquellos casos en que una conducta antisocial atenta en contra del orden jurídico de la comunidad.[21]

No resulta sorprendente, entonces, que en las negociaciones de los tratados comerciales, por ejemplo, se exija el cumplimiento de las normas sobre derechos humanos y democracia.

Es pertinente abordar ahora un tema adicional en relación con la responsabilidad internacional del Estado por violaciones graves a derechos humanos, que a su vez pudieran constituir actos delictivos o criminales.

[21] Roberto Núñez y Escalante, *op. cit.*, p. 76.

Puede afirmarse que el concepto *crimen de Estado* no se encuentra contenido como tal en el derecho internacional. Sin embargo, algunos órganos internacionales lo han utilizado para referirse, por ejemplo, a las desapariciones forzadas.[22] No obstante, la Corte Internacional de Justicia, en su fallo del caso *Bosnia-Herzegovina vs. Serbia y Montenegro* del 14 de febrero de 2007, en el que resolvió que Serbia no cometió el crimen de genocidio, sino que violó sus obligaciones de prevenirlo, con lo que parecería que refrendó lo dictado por el Tribunal de Nuremberg en el sentido de que solo las personas físicas, y no los Estados, pueden ser declaradas penalmente responsables. Lo dijo así: "Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometen este tipo de delitos se pueden hacer cumplir las disposiciones del derecho internacional."[23]

Sin embargo, en el caso *Bosnia-Herzegovina vs. Serbia y Montenegro*, eso se debió, por un lado, a que la Corte no consideró que se hubiera dado el alcance de la hipótesis normativa del crimen de genocidio, al que, como la misma Corte reconoce, la Convención contra el Genocidio califica como "un delito de derecho internacional" y, por el otro, a que la misma Corte señala que la Convención hace referencia a la responsabilidad penal de individuos, más que a la de los Estados.

Resultan esclarecedoras las palabras de Juan Manuel Portilla Gómez: "El principal obstáculo enfrentado por la Corte lo encontramos dentro del propio sentido de la Convención de Genocidio, por cuanto ésta se enfoca principalmente hacia los individuos, y no obstante imponer obligaciones a los Estados..."[24] Y por otro lado explica:

> La Corte concluyó que la Convención no excluye a los Estados de la comisión de genocidio, y que los Estados pueden también ser responsables de complicidad (párrafos 166-169). Lo que es más importante aquí es la afirmación de la Corte sobre la "dualidad de la responsabilidad" (párrafo 173), por la cual el derecho internacional obliga tanto a individuos como a Estados. Así la Corte determinó que: "If an organ of the State, or a person or group whose acts are legally attributable to the State, commits any of the acts proscribed by Article III of the Convention, the international responsibility of that State is incurred" (párrafo 179).[25]

Y abunda:

[22] Véase párrafo 48 del informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU, derivado de su visita a Colombia, documento E/CN.4/2006/56/Add.1.

[23] Disponible en http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf. La traducción es nuestra.

[24] Juan Manuel Portilla Gómez, "¿Justicia en los Balcanes? El fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre el genocidio en Bosnia", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM, vol. VIII, 2008; http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoInternacional/numero/8/ain/ain39.htm

[25] "Si un órgano del Estado, o una persona o grupo cuyos actos son legalmente imputables al Estado, comete cualquiera de los actos prohibidos por el artículo iii de la Convención, ese Estado incurre en responsabilidad internacional." La traducción es nuestra.

> La Corte determinó que un Estado ha cometido genocidio aún sin tener a ningún individuo convicto por dicho crimen (párrafos 180-182). La implicación más fuerte de esto se relaciona con los sujetos indiciados por genocidio en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Al respecto, la Corte agregó que no tenía que pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de los mismos, ya que se encontraba limitada a determinar si sus "actos son legalmente atribuibles al Estado".

Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional, en el proceso de elaboración de los artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado, decidió evadir el uso del término *crímenes internacionales*, por lo debatible del propio concepto, y prefirió referirse a "hechos del Estado internacionalmente ilícitos" y a "violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general". Por ejemplo, James Crawford, quinto relator de la Comisión de Derecho Internacional, denomina a tales hechos *violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general*, en reemplazo de la problemática categoría de *crímenes internacionales*.

Versiones anteriores de los proyectos de dichos artículos sí hacían referencia a crímenes internacionales, de la siguiente manera: "El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto."[26]

Sin embargo, siguiendo la recomendación del relator Crawford, la Comisión de Derecho Internacional optó por no referirse a crímenes internacionales del Estado. Así lo recomendó el relator:

> 95. Se recomienda que los artículos 19 (y, en consecuencia, los artículos 51 a 53) se eliminen del proyecto de artículos. En el contexto de la segunda lectura de la segunda parte, el artículo 40, apartado 3, debe ser reconsiderada, entre otras cosas, a fin de tratar el tema de las violaciones de obligaciones erga omnes. Se debe entender que la exclusión de los artículos del proyecto de la noción de "crímenes internacionales" de los Estados, sin perjuicio (a) del alcance del proyecto de artículos, lo que seguirá cubriendo todas las violaciones de la obligación internacional sea cual sea su origen; y (b) de la noción de "crímenes internacionales de los Estados" y su posible desarrollo futuro, ya sea como un tema separado de la Comisión, o por medio de la práctica estatal y la práctica de las organizaciones internacionales competentes.[27]

Eso no quiere decir, desde luego, que dentro del término *hechos del Estado internacionalmente ilícitos* no quepan los crímenes cometidos por agentes del Estado, como

[26] Artículo 19, "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 1990", en Shabtai Rosenne (comp. y ed.), *The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility*; parte 1, artículos 1-35, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Academic Publishers, Amsterdam, 1991, p. 159. La traducción es nuestra.

[27] James Crawford, "Second report on State responsibility", 30 de abril de 1999, documento A/CN.4/498/Add.2. Disponible en: https://www.ilsa.org/jessup/jessup13/James%20Crawford's%20Second%20Report%20on%20State%20Responsibility.pdf

el mismo relator lo admite, pues la propia definición contenida en el artículo 2 de los *Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, es muy amplia:

> Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:
>
> a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
>
> b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Abunda en el artículo 4:

> Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

Y finalmente remata en el artículo 58: "Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado."

Es decir, un hecho del Estado que además de ser internacionalmente ilícito, el mismo derecho internacional lo considere un crimen u obligue al Estado a tipificarlo como un crimen (como la desaparición forzada, la tortura, el genocidio o el *apartheid*), entonces ese hecho ilícito del Estado sería, por consiguiente, un crimen del Estado. Si bien no sería susceptible de ser juzgado por un tribunal penal, el hecho en sí mismo es un crimen, que acarrea responsabilidad internacional, aunque no penal.

Sin embargo, podría contraargumentarse que si un acto no acarrea responsabilidad penal, entonces no es un crimen. Pero eso se derrumbaría comprobando que exactamente los mismos hechos cometidos por las mismas personas físicas podrían ser juzgados por un tribunal penal (nacional o internacional, según las circunstancias del caso) y por una corte de derechos humanos (insistimos, exactamente los mismos hechos), y el tribunal penal podría imponer una pena al perpetrador persona física, y el tribunal de derechos humanos declarar internacionalmente responsable al Estado por los actos ejecutados por la persona física que era agente del Estado en cuestión. Son los mismos actos exactamente, nada más que en un tribunal se juzgan como delitos y en el otro como violaciones de derechos humanos que el propio derecho internacional obliga a que se tipifiquen como delitos conforme al derecho interno.

Negar los "crímenes de Estado" por estos tecnicismos resultaría completamente fútil. Lo importante es que un hecho internacionalmente ilícito del Estado, que a su vez es un crimen, es un crimen de Estado. Si no gusta el término, suponemos que sí gustará "hecho internacionalmente ilícito del Estado, que es un crimen del que la persona

física que actuó en nombre del Estado es responsable penalmente y del que el Estado es internacionalmente responsable". Un poco largo, nos parece, para decir lo mismo.

La discusión sobre si los hechos cometidos por agentes del Estado que el derecho internacional ordena que sean considerados delitos (lo que algunos llamamos "crímenes de Estado") pueden además constituirse en crímenes de lesa humanidad, es otra historia. Si en el caso de desapariciones forzadas o actos de tortura o de asesinatos se alcanzan los límites de la definición de un crimen de lesa humanidad, lo serán; si no, no. Pero eso no les quita que sean crímenes de Estado, o, perdón, hechos ilícitos del Estado que el derecho internacional considera crímenes y obliga a los Estados a tipificarlos como tales. Es decir hay crímenes cometidos por agentes del Estado que pueden no ser crímenes contra la humanidad, pero no por ello dejan de ser crímenes y tampoco por ello no acarrean responsabilidad internacional para el Estado.

A pesar de la discusión terminológica, muchos autores o instituciones siguen usando los términos *crímenes internacionales* o *crímenes de Estado*. Aquí algunos ejemplos:

> Un Estado puede ser responsable de la comisión de un crimen internacional... pero debe aclararse que en relación a su participación en la comisión de crímenes internacionales no se criminaliza propiamente al Estado, es decir, no se le atribuye responsabilidad penal, sino responsabilidad internacional y en consecuencia la obligación de hacer reparaciones y otorgar garantías de no repetición.[28]

El *Manual para víctimas de delitos graves internacionales*, elaborado bajo el auspicio de la Unión Europea, define lo siguiente:

> 3. ¿Cuáles son graves crímenes internacionales?
>
> Estos son los delitos de mayor preocupación para la comunidad internacional, ya que incluyen las peores atrocidades que conoce la humanidad. Se les conoce como crímenes "internacionales", ya que están prohibidos por el derecho internacional.[29]

El International State Crime Research Center define el crimen de Estado así:

> Crimen del Estado podría ser definido como cualquier delito cometido por el Estado, o por los agentes que trabajan por cuenta de, o en lugar del Estado... Crimen de Estado incluye delitos o daños cometidos por el Estado... El concepto de un Estado, en el campo de la literatura en materia de crimen de Estado, puede generalmente ser entendido como una referencia al actor(es) dentro del aparato político

[28] Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider, "La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos". Disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerecholInternacional/12/art/art1.pdf

[29] "3. What are serious international crimes? These are the crimes of most serious concern to the international community, because they include the worst atrocities known to humanity. They are referred to as 'international' crimes because they are prohibited by international law." (La traducción es nuestra.) *Handbook for Victims of Serious International Crimes in the EU. Your rights to access support, advice and justice*. Realised with the financial support of the Criminal Justice Program of the European Union. Disponible en: http://www.redress.org/downloads/publications/1411Victims%20Handbook.pdf

> al que se confió el poder y la legitimidad de un territorio definido específicamente y de gobernar a la población actuando en nombre o por cuenta del Estado que viola el derecho interno, así como el derecho internacional público o que causa daños graves a través de actos de omisión o comisión.[30]

La definición anterior, como puede apreciarse fácilmente, coincide conceptualmente con la del "hecho del Estado internacionalmente ilícito", que se transcribió anteriormente, pero referida a hechos criminales o delictivos, aunque es más amplia, en el sentido de que también incluye actos violatorios del derecho doméstico, y no solo del derecho internacional.

Sin embargo, debe reconocerse que el concepto *crimen de Estado*, como se ha dicho antes, no tiene un reconocimiento específico en ningún instrumento internacional que conozca. Se trata más bien de un concepto que puede inferirse de una exégesis derivada de las conductas que el derecho internacional considera crímenes y que requieren la participación directa o indirecta de agentes del Estado en su comisión (como la desaparición forzada o la tortura).

Independientemente de que constituyan o no crímenes de lesa humanidad, aquellos actos considerados crímenes por el derecho internacional, que son cometidos por agentes del Estado o por particulares que actúan por órdenes o con el apoyo o la aquiescencia de agentes del Estado, por brevedad los llamamos "crímenes del Estado" o "crímenes de Estado", para no tener que llamarles "hechos internacionalmente ilícitos del Estado que además son considerados delitos por el derecho internacional", que resulta muy largo y engorroso, aunque, desde luego, más preciso.

Por último, los crímenes del Estado, o los hechos internacionalmente ilícitos del Estado, lo son independientemente del sector o nivel de los agentes que los cometan. Los *Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos* antes citados, lo dicen con toda claridad en su artículo 4:

> 1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.
>
> 2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.

En el caso específico de las desapariciones forzadas, el artículo 41 de la *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, establece: "Las disposiciones de la presente Convención serán aplicables a todas las partes constitutivas de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna."

[30] *Cfr.* http://statecrimecenter.com/

Licitud en el objeto y en el fin (el *jus cogens* internacional)

Cabe reflexionar acerca del elemento de licitud en el objeto y en el motivo o fin de los tratados y, por tanto, sobre el concepto de *jus cogens* internacional, y cuestionar si las normas relativas a la protección de derechos humanos forman parte de las normas de orden público internacional o, como preferimos llamarlas, del *interés de la humanidad,* y ello está por encima de la definición de *soberanía nacional* a la que nos hemos referido.

El artículo 53 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* prevé:

> 53. *Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens).* Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

La importancia de esta estipulación no se puede pasar por alto, sobre todo en el contexto del estudio de los derechos humanos. El artículo 53 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* es una manifestación clara de que los Estados *no son soberanos* para incurrir en compromisos que la comunidad de Estados en conjunto considera perentorios. Hay, se dice, una limitación a su llamada *soberanía*. Como abundaremos más adelante, existe la tendencia orientada a una revisión del concepto de soberanía en el nivel internacional.

Al respecto, son ilustrativas las explicaciones de José Antonio Pastor al referirse a la interpretación que se ha dado de las estipulaciones de la *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, de la que se ha hecho una exégesis extensiva en favor de los derechos del individuo y, por tanto, restrictiva del concepto de *soberanía,* lo que implica un alejamiento de la

> jurisprudencia reiterada del Tribunal Permanente de Justicia (en el sentido de que) "en caso de duda, una limitación de soberanía debe ser interpretada restrictivamente"... Podemos afirmar... que dentro de la Convención Europea de los Derechos del Hombre existen inequívocas manifestaciones del *ius cogens* internacional. La más importante de ellas es la manera como la Comisión y el Tribunal la han interpretado: de manera favorable a los derechos del hombre y contraria a la soberanía del Estado, en otras palabras, con sentido extensivo y no restrictivo de aquellos derechos.[31]

[31] José Antonio Pastor Ridruejo, "La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el *ius cogens* internacional", en *Estudios de derecho internacional: homenaje al profesor Miaja de la Muela,* vol. I, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 583 y 590.

Cabe aclarar también que la expresión *comunidad de Estados en su conjunto* utilizada en el contexto del artículo 53 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* no puede interpretarse como un consenso unánime, pues de ser así este numeral sería ocioso. En este sentido, "el presidente del Comité redactor de la Convención de Viena explicó que la expresión 'en su conjunto' no implicaba que fuera necesaria una aceptación y reconocimiento universales... Sería suficiente si una gran mayoría lo hiciera".[32] Su función es evitar que cuando menos dos Estados acuerden actos que, en la opinión de los demás, son nulos. Es obvio que si dos o más Estados celebraran un tratado mediante el cual acordaran el intercambio de esclavos, esos Estados no estarían de acuerdo (por lo menos de modo manifiesto) en que su pacto fuera nulo por ir en contra de una norma que no admite pacto en contrario.[33] Si lo pactaran sería con base en su convicción de que lo pueden pactar. Podrán saber y reconocer que hay un compromiso general contra la esclavitud, pero ellos dirían que eso no quiere decir que no puedan pactar lo contrario, que es precisamente la distinción entre *jus dispositivum* y *jus cogens*.

Es el caso también del Estado que formula una reserva a una disposición contenida en un tratado; al hacerlo, el Estado considera que la estipulación respectiva es "evitable" y, por ende, que admite pacto en contrario. Sin embargo, el elemento esencial en el *jus cogens* internacional, como en las normas de orden público en el nivel local, es la irrenunciabilidad del derecho y, por tanto, la imposibilidad de pactar lo contrario a la obligación reconocida en general.

Al respecto, conviene hacer una aclaración importante: las normas de *jus cogens* no son evadibles, ni siquiera mediante una "objeción persistente" al principio por ellas consagrado. "A diferencia de las normas de derecho consuetudinario internacional, las normas de *jus cogens* son obligatorias para todos los Estados, independientemente de su objeción."[34]

Con base en esto, hay determinadas situaciones que no son tolerables para la humanidad; por ello, aunque dos o más Estados, por muy "soberanos" que sean, se comprometieran a realizar actos que la comunidad internacional considera irrenunciables

[32] R. St. J. MacDonald, "The charter of the United Nations and the development of fundamental principles of international law", en *Contemporary Problems of International Law: Essays in honour of Georg Schwarzenberger on his eightieth birthday,* Stevens & Sons Limited, Londres, 1988, p. 199. En este mismo sentido véase Maurizio Ragazzi, *op. cit.,* p. 56.

[33] Los ejemplos se dan para efectos meramente didácticos, pues coincidimos en que: "No es hoy muy verosímil la hipótesis de que dos o más Estados estipulen tratados violatorios de los derechos fundamentales, al menos de manera directa y consciente." José Antonio Pastor Ridruejo, *op. cit.*, p. 582. En este sentido véase Antonio Gómez Robledo, *El ius cogens internacional (estudio histórico critico)*, UNAM, México, 1982, pp. 197 y 198.

[34] Edward F. Sherman, Jr., "The U.S. Death Penalty Reservation to the International Covenant on Civil and Political Rights: Exposing the Limitations of the Flexible System Governing Treaty Formation", *Texas International Law Journal*, invierno de 1994, vol. 29, núm. 1, p. 90, nota 140. En este mismo sentido, Maurizio Ragazzi, *op. cit*., pp. 69 y siguientes.

o, como dice la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, normas que no admiten pacto en contrario, esos compromisos serán nulos. De la misma manera, como dijimos, serán inadmisibles para la comunidad internacional los actos que, aunque no constituyan tratados, sean contrarios a los intereses de la humanidad.

Alcance del concepto *jus cogens*

Mucho se ha discutido en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, a la que se encomendó que redactara la Convención comentada, el alcance del concepto *jus cogens*.[35] Verdross informa que hubo quienes sugirieron que se hiciera mención expresa de algunos ejemplos, como el uso ilegal de la fuerza, actos criminales, trata de esclavos, piratería y genocidio. Pero se prefirió no hacerlo con el fin de evitar malos entendidos respecto de otros posibles casos no incluidos en los ejemplos, ya que la inclusión de una lista exhaustiva era imposible sin un estudio profundo sobre la materia.[36]

Sin embargo, es muy ilustrativo conocer las opiniones de los integrantes de la Comisión de Derecho Internacional en las sesiones de discusión de este artículo, con el fin de reafirmar lo que manifestamos, es decir, que hay asuntos que son del interés de la humanidad y confirmar si, en efecto, entre ellos se encuentra la protección de los derechos humanos.

Algunos afirmaron que la idea de las reglas de *jus cogens* era el interés de la comunidad internacional. Otros hablaron de que se trataba de normas de *orden público internacional, del interés de todos, reglas mínimas* necesarias para hacer posible la existencia de relaciones internacionales ordenadas o normas que expresan algunos requerimientos sociales de mayor altura.[37] José Juste Ruiz dice que las normas de *jus cogens* "despliegan una eficacia normativa *erga omnes*".[38] Todos estos pronunciamientos fueron entendibles y lo suficientemente generales para que la discusión sobre el contenido exacto de lo que incluye el concepto *jus cogens* siguiera su rumbo. Nuestro propósito es tratar de aclarar si el respeto a los derechos humanos está entre los compromisos irrenunciables de los países miembros de la comunidad internacional, independientemente de que existan otras normas de *jus cogens* sobre otras materias, como la prohibición del uso ilegal de la fuerza, etcétera.

[35] Seguiremos el excelente artículo de Alfred Verdross, "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", *op. cit*. Las referencias y citas respectivas son traducciones nuestras.

[36] *Ibidem*, p. 57. En el mismo sentido, Antonio Gómez Robledo, *op. cit.,* pp. 182-184.

[37] *Ibidem,* pp. 57 y 58.

[38] José Juste Ruiz, *op. cit.,* p. 227.

Jus cogens y los derechos humanos en la Carta de San Francisco

Un primer acercamiento que indica Verdross es la materia humanitaria, que no es, como se sabe, el derecho de los derechos humanos. Verdross afirma que "un muy importante grupo de normas que tienen el carácter de *jus cogens* son las reglas de derecho internacional general creadas para propósitos humanitarios". Pero a continuación se refiere a las normas en materia de derechos humanos contenidas en la *Carta de San Francisco*. Entre ellas menciona el artículo 1, párrafo 3, aunque también son relevantes, sin duda, el preámbulo y los artículos 55 y 56 de la *Carta de las Naciones Unidas*, entre otros.

> **Preámbulo.** Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos... a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas...
>
> **Artículo 1.** Los propósitos de las Naciones Unidas son: ...
>
> 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.
>
> **Artículo 55.** Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:
>
> a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;
>
> b) la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y
>
> c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.
>
> **Artículo 56.** Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55.

Parecería inobjetable que los compromisos adquiridos por los Estados integrantes de las Naciones Unidas hayan sido asumidos expresamente por la comunidad internacional de Estados en conjunto, como lo requiere el artículo 53 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Esta afirmación que hoy es incuestionable, según veremos en seguida, no se consideraba así aun en la década de 1960, cuando se redactó dicha Convención.

En efecto, Verdross afirma que sir Humphrey Waldock, entonces relator especial de la Comisión de Derecho Internacional, se oponía "a la idea de identificar las reglas de *jus cogens* con los Principios de la Carta, 'porque no todos ellos eran de carácter imperativo'."[39] Al poco tiempo de la proclamación de la Carta el debate estaba presente. En 1949, según relata Egon Schwelb,[40] Manley O. Hudson, integrante de la Comisión de Derecho Internacional, afirmaba que "cada vez que la cuestión sobre el respeto a los derechos humanos aparece en la Carta... se trataba de una meta a ser lograda. La Carta de ningún modo impone a los Miembros de la Naciones Unidas una obligación jurídica de respetar derechos humanos y libertades fundamentales".[41] En este tenor, "Hans Kelsen expresó el punto de vista en el sentido de que la Carta no impone a sus miembros una obligación estricta de otorgar a sus súbditos los derechos y obligaciones mencionados en el Preámbulo o en el texto de la Carta". [42]

Según Schwelb, "uno de los principales representantes de la otra escuela de pensamiento[43] fue Hersch Lauterpacht",[44] cuya contribución a la idea de un *International Bill of Rights* fue fundamental desde la aparición de su obra *An International Bill of Rights of Man* en 1945, después actualizada en *International Law and Human Rights*, aparecida en 1950, en donde defiende una postura claramente iusnaturalista. Schwelb cita a otros exponentes de la idea de que la *Carta de San Francisco* imponía obligaciones jurídicas a sus miembros en lo concerniente al respeto de los derechos humanos, entre ellos, Philip Jessup.[45]

Después de hacer un relato interesante de la actuación de los órganos de Naciones Unidas, en los que se invocaron las cláusulas de la *Carta de San Francisco* como fuente de obligaciones para los integrantes de respetar los derechos y las libertades fundamentales, Schwelb hace referencia a la importante opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia "sobre las consecuencias legales para los Estados respecto de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia, no obstante la resolución 276 del Consejo de Seguridad" en 1970, que "no deja duda alguna que, a su juicio [el de la Corte], la Carta sí impone a los Miembros de la Naciones Unidas obligaciones legales

[39] *Ibidem*, p. 58.

[40] Egon Schwelb, "The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter", en *American Journal of International Law*, vol. 66, núm. 4, 1972. Las referencias a este artículo y las citas textuales son traducciones nuestras.

[41] *Ibidem*, p. 338. También véase Antonio Gómez Robledo, *op. cit.*, p. 181.

[42] *Idem.*

[43] Se refiere a la corriente que defendía que la Carta, en efecto, impone obligaciones a los Estados miembros de la Organización.

[44] *Ibidem*, p. 339.

[45] *Ibidem,* pp. 339 y 340.

en el campo de los derechos humanos".[46] Para reafirmar esto, el autor alude a los derechos humanos que han sido objeto de acciones por parte de Naciones Unidas para investigar violaciones y emitir informes, que constituyen dictámenes verdaderos sobre la situación prevalente en determinados países.

En casos como los anteriores se ha demostrado que Naciones Unidas no considera que los asuntos relativos a algunos derechos fundamentales queden en el ámbito de protección del artículo 2 (7) de la Carta, concerniente al principio de no intervención en asuntos esencialmente internos. Respecto del artículo comentado, Schwelb da diversos ejemplos esclarecedores y destaca que los casos de este tipo "son demasiado conocidos como para requerir y demasiado numerosos como para permitir su lista en el presente contexto".

El autor se refiere, desde luego, a los mecanismos no convencionales de protección de los derechos humanos que han sido instituidos por mandato del Ecosoc y en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, tanto para investigar la situación en determinados países o regiones como para investigar violaciones de derechos en cualquier país; es decir, los mecanismos geográficos y temáticos, respectivamente.

Así, concluimos que, en la medida en que la *Carta de las Naciones Unidas* es un tratado aceptado por la comunidad de Estados en conjunto, en el que los Estados integrantes se comprometen a respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, y que estos compromisos son obligaciones legales a su cargo, dos o más de ellos no podrían celebrar otro tratado que violara esa obligación sin violar el texto de la *Carta*.

Hasta aquí parece que se ha demostrado suficientemente que las cláusulas de la *Carta de San Francisco* en materia de derechos humanos establecen obligaciones para todos los miembros de las Naciones Unidas, tal como lo presentaron hace casi una generación Lauterpacht y otros.[47] Según MacDonald, Schwelb considera que la Carta contiene "pocas disposiciones que son *ius dispositivum* y sobre las cuales se permite derogación"; ello implica que la mayor parte de sus disposiciones son *jus cogens*. "Sin embargo –continúa MacDonald–, parece que Schwelb ha exagerado la situación."[48]

¿Todos los derechos humanos tienen el carácter de *jus cogens*?

La conclusión anterior no necesariamente despeja la duda sobre el contenido exacto de las normas de *jus cogens* en materia de derechos humanos, debido a la generalidad de las disposiciones de la Carta. Como primer acercamiento debemos acudir al

[46] *Ibidem*, p. 348.

[47] Egon Schwelb, *op. cit.*, p. 350.

[48] R. St. J. MacDonald, *op. cit.*, p. 198.

catálogo de derechos fundamentales en el nivel internacional por excelencia, que es la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, de 1948, que aunque no tiene el carácter de tratado, es piedra angular en el marco legal internacional sobre esta materia.

No obstante que, como apuntó Héctor Gros Espiell,[49] la *Declaración Universal de Derechos Humanos* se entiende obligatoria para la comunidad de Estados, no es indiscutible, aun ahora, si todos los derechos que contiene son *jus cogens*. Verdross, en 1966, afirmó: "No todos los derechos humanos proclamados en la Declaración de Derechos Humanos, aceptada por la Asamblea General, son reconocidos por el derecho internacional general."[50]

Así, debemos cuestionarnos si todos los derechos humanos proclamados en la Declaración Universal y reconocidos convencionalmente en los tratados internacionales sobre la materia son normas de *jus cogens* o no. Veamos los pronunciamientos que al respecto se han dado recientemente en el seno de instancias diversas de la Organización de las Naciones Unidas.[51]

La Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 1997/4 sobre la situación de Palestina ocupada, declara en el preámbulo que el derecho a la autodeterminación de los pueblos es *jus cogens*.

En el informe que el secretario general rindió ante la Subcomisión sobre la Prevención de Discriminación y Protección de Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en su cuadragésimo novena sesión, se afirma que "uno de los atributos del principio de *jus cogens* es que la comunidad internacional debe trabajar para reprimir violaciones conforme al principio legal de *erga omnes*". Este principio se ha invocado en el contexto de armamento y pruebas de armamento. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su comunicado de prensa número 13/93 del 25 de mayo de 1993, declaró que la obligación de respetar y garantizar los derechos civiles y políticos es una obligación *erga omnes*.[52]

El relator especial de la Subcomisión sobre la Prevención de Discriminación y Protección de Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU afirmó que la prohibición de la tortura es un principio de *jus cogens*.[53]

[49] Héctor Gros Espiell, "Los derechos humanos y el derecho internacional, 1968-1977", *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Núm. 10-11, México, p. 156. Las cursivas son nuestras.

[50] Alfred Verdross, *op. cit.*, p. 59. La traducción del inglés es nuestra. Sobre este tema, véase Antonio Gómez Robledo, *op. cit.*, pp. 196-200.

[51] Las referencias a los documentos que se mencionan fueron tomadas de las versiones publicadas por las Naciones Unidas en sus páginas de internet.

[52] Documento del Ecosoc E/C.4/sub. 2-1997/27, 24 de junio de 1997, párrafo 33. La traducción del inglés es nuestra.

[53] Documento del Ecosoc E/CN4/Sub. 2/1997/23, 27 de junio de 1997.

En la quincuagésima primera sesión de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, el secretario general adoptó una posición clara en el sentido de que los derechos humanos consisten en obligaciones de *jus cogens*: "Además de la consideración de que los derechos humanos no pueden argumentarse como área que está dentro del dominio exclusivo de la jurisdicción doméstica de los Estados, todos los Estados están obligados por el derecho internacional a respetar los derechos humanos."

Esta obligación se deriva de convenciones internacionales, del derecho consuetudinario internacional y de los principios de derecho internacional que constituyen normas perentorias de derecho internacional, o *jus cogens*.[54]

En el informe que rindió el relator especial acerca de la situación de los derechos humanos en Myanmar, juez Rajsoomer Lallah, presentado durante la quincuagésima reunión de la Comisión sobre Derechos Humanos de la ONU, afirmó que el derecho a la vida y la prohibición de la tortura son principios de *jus cogens*.[55]

De relevancia particular es el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos constituido al amparo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que con toda claridad indicó que hay disposiciones del Pacto que representan normas perentorias de derecho internacional consuetudinario; mencionó entre ellas las prohibiciones de esclavitud, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de privación arbitraria de la vida, denegación de libertad de pensamiento, conciencia y religión, presunción de inocencia salvo prueba de culpabilidad, prohibición de ejecutar a mujeres encintas o a niños, prohibición de promover el odio nacional, racial o religioso, derecho a contraer matrimonio libremente, derecho de las minorías al disfrute de su propia cultura, el derecho a la profesión de su propia religión, o el uso de su propio idioma, así como el principio general del derecho a un juicio justo.[56]

También resulta de la mayor relevancia el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC/18, en la que afirmó:

> Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.[57]

[54] Documento E/CN4/1995/43, 13 de enero de 1995, párrafo 20. La traducción es nuestra.

[55] Documento E/CN4/1997, párrafo 20. La traducción es nuestra.

[56] Human Rights Committee, General Comment 24 (52) UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 6 (1994), tomado de Gardner, *op. cit*.

[57] Opinión núm. 4 de la Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

Algunos autores se pronuncian en el sentido de que las normas protectoras de los derechos humanos en el plano internacional tienen el carácter de *jus cogens*. El profesor español José Antonio Pastor dice: "Cuando la doctrina enfrenta el delicado problema de la determinación de las normas de *ius cogens*, es muy frecuente que dentro de las que poseen tal carácter cite también a las relativas a la protección de los derechos de la persona humana."[58] Entre los exponentes españoles de esta postura, Pastor señala a Carrillo Salcedo, quien se refiere "al deber de los Estados de respetar y proteger los derechos fundamentales de la persona humana".[59]

Por su parte, Antônio A. Cançado Trindade, en su calidad de juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirmó:

> A la responsabilidad internacional *objetiva* de los Estados corresponde necesariamente la noción de *ilegalidad objetiva* (uno de los elementos subyacentes al concepto de *jus cogens).* En nuestros días, nadie osaría negar la ilegalidad objetiva de prácticas sistemáticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extralegales, y de desaparición forzada de personas –prácticas estas que representan crímenes de lesa humanidad– condenadas por la conciencia jurídica universal, a la par de la aplicación de tratados.[60]

Gros Espiell, a su vez, considera:

> La *Declaración Universal de Derechos Humanos* ha dejado así de tener sólo un valor moral para transformarse en un documento del que se derivan para los Estados deberes y obligaciones concretos. Y se ha ido aún más lejos, afirmándose –con razón a nuestro juicio– que el deber de respetar los derechos del ser humano constituye una norma imperativa de derecho internacional general, un caso de *jus cogens*, quizá el más característico de nuestra época, con todas las consecuencias que de esta afirmación se derivan, cuyo respeto y vigencia se vinculan con la idea de "orden público internacional", lo que implica también efectos de obvia importancia.[61]

¿Cuáles son las consecuencias de estas afirmaciones? ¿Cuáles son los efectos que implican?

En primer lugar, en estos pronunciamientos se hace referencia a algunos derechos en particular, como la prohibición de la tortura o el derecho a la autodeterminación de los pueblos, pero también se alude a los derechos humanos en general. Si las afirmaciones se refieren, como parece, a *todos* los derechos proclamados en la Declaración Universal, resultaría que ningún tratado internacional en el que se pactara algo contrario a sus proclamaciones sería válido. Como se dijo, se consideraría que

[58] José Antonio Pastor Ridruejo, *op. cit.,* pp. 581 y 582.

[59] *Ibidem*, p. 582.

[60] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Blake, sentencia del 24 de enero de 1998; voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párrafo 25.

[61] Héctor Gros Espiell, *op. cit.*, p. 157.

son normas de orden público y, por tanto, no admitirían derogación de ninguna especie y de ningún grado. Es decir, hay algunos derechos, según estos instrumentos, que son "insuspendibles" en ninguna circunstancia, incluso durante las emergencias más graves y los desastres.[62] De esto debe concluirse que si estos tratados prohíben que los Estados suspendan la vigencia del goce de ciertos derechos, aun en caso de emergencia, mucho menos podrán pactar su derogación en circunstancias normales. Buergenthal afirma que "parece que hay un consenso casi universal acerca de derechos que son considerados los más fundamentales, y éstos, en general, son derechos que no permiten derogación".[63] Pero incluso en este caso no necesariamente hay unanimidad de criterios, pues lo que el *Pacto de San José* prevé como insuspendible es, en determinadas situaciones, más amplio de lo que el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* indica sobre el tema.[64]

Jus cogens contra reservas

Además, si todos los derechos humanos enumerados en la Declaración Universal son *jus cogens*, tendríamos que algunos serían insuspendibles, de acuerdo con los instrumentos convencionales; pero otros, aunque suspendibles en circunstancias de emergencia extrema, serían inderogables en condiciones normales. Debe entenderse que esto suscitaría que, al no admitir pacto en contrario, no deberían admitir ninguna reserva en los tratados sobre la materia, ya que las reservas "se integran al tratado mismo, de tal manera que no es posible interpretarlo cabalmente, respecto del Estado reservante, sin interpretar la reserva misma".[65] Es decir, si la reserva tiene como efecto excluir o modificar el sentido de una estipulación de un tratado, debe entenderse que la reserva es, en efecto, un pacto en contrario a la cláusula sobre la que se formula la reserva.

Algunos tratados en materia de derechos humanos prohíben expresamente que los Estados que se adhieran a ellos formulen reservas; sin embargo, otros lo aceptan expresamente, aunque otros guardan silencio sobre el particular.

[62] *Cfr.* el artículo 4 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el artículo 27 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

[63] Thomas Buergenthal, "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court", *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, p. 24. Sobre este tema, véase Antonio Gómez Robledo, *op. cit.*, pp. 198 y 199.

[64] Resulta especialmente ilustrativo sobre este tema el Décimo Informe Anual y la lista de Estados que desde el 1 de enero de 1985 proclaman o terminan el estado de emergencia, presentado por el relator especial designado por el Ecosoc en su resolución 1995/37, Leandro Despouy, en el que se incluye un apartado específico sobre la no derogabilidad de derechos humanos en estados de emergencia. Documento del Ecosoc E/CN. 4/Sub. 2/ 1997/19, 23 de junio de 1997 (original: *Spanish Commission on Human Rights, Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*), sesión 49.

[65] Párrafo 45 de la Opinión Consultiva sobre Restricciones a la Pena de Muerte (artículos 4.2 y 4.4 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, Corte IDH (Ser. A), núm. 3, 1983.

1. *Tratados que prohíben reservas*. Los tratados que prohíben la formulación de reservas son los siguientes:

   a) *Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza*, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960.

   b) *Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud*, adoptada por resolución de la Conferencia de Plenipotenciarios del Ecosoc el 30 de abril de 1956, redactada en Ginebra el 7 de septiembre del mismo año. Cabe mencionar que su antecesora, la Convención sobre la Esclavitud, que entró en vigor en 1927, permitía reservas territoriales, y que el protocolo que la modificó en 1953 permitía expresamente la aceptación con reservas (ratificada por México en 1959).

2. *Tratados que implícitamente permiten reservas*. Los tratados en materia de derechos humanos que no estipulan si se permite o no la formulación de reservas y que, por tanto, las permiten tácitamente, son los siguientes:

   a) *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado en 1966 y ratificado por México en 1981. México es parte del Pacto y formuló una declaración en el sentido de que la aplicación del artículo 8 en la República Mexicana será en las modalidades y conforme a los procedimientos que prevean la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y sus leyes reglamentarias. Este artículo se refiere al derecho a formar y adherirse a sindicatos, a que estos funcionen libremente (con las limitaciones establecidas en la ley), a que los formen federaciones o confederaciones y al derecho de huelga. Al respecto, la *Ley Federal del Trabajo* limita los derechos de sindicación y huelga, pues establece requisitos para los sindicatos, limitantes del tipo de sindicatos, exigencias sobre sus obligaciones y prohibiciones en cuanto a actividades religiosas y mercantiles.

   b) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado en 1966 y ratificado por México en 1981. El gobierno mexicano formuló dos declaraciones interpretativas al adherirse al Pacto. Una, al artículo 9, párrafo 5, referente a la privación de la libertad. El Pacto establece que toda persona ilegalmente detenida o presa tiene derecho a reparación. El gobierno señaló que, de acuerdo con nuestra Constitución, ninguna persona podrá ser detenida o aprisionada de manera ilegal, pero si por falsedad en la denuncia o querella cualquier individuo sufre un menoscabo de su libertad, tiene la facultad de obtener

reparación efectiva y justa. Por tanto, con esta exégesis se limita el derecho a reparación solo a los casos de falsedad en la denuncia o querella.

La otra interpretación fue en torno al artículo 18, relativo a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, así como a la manifestación de estos. De acuerdo con la Constitución mexicana, hay libertad de profesar creencias y practicar actos de culto, pero los actos religiosos de culto público deben realizarse en los templos y no tendrán validez oficial los estudios realizados en establecimientos de ministros de cultos. A pesar de esta limitante, hoy dicha reserva es inconsistente con la ley mexicana, ya que la Constitución fue reformada en 1992 y el artículo 24 constitucional no restringe la celebración de actos religiosos. Además, se promulgó una ley reglamentaria que determina la posibilidad de prohibir la celebración de actos religiosos por las mismas razones que señala el Pacto.

Asimismo, interpuso dos reservas. Una al artículo 13, que en el Pacto establece que el extranjero en territorio de un Estado parte solo puede ser expulsado de él por una decisión adoptada conforme a la ley, y tiene derecho a exponer sus razones contra la expulsión (a menos que peligre la seguridad nacional) y a someter su caso a revisión ante las autoridades. El gobierno de México declaró una reserva a este numeral, conforme a lo que indica el artículo 33 de la Constitución, misma que fue retirada parcialmente el 15 de marzo de 2002 y en su totalidad el 11 de julio de 2014.

El artículo 25, inciso *b)*, también tiene interpuesta una reserva. En el Pacto se refiere al derecho de votar y ser votado en sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores. El gobierno mexicano señaló que el artículo 130 constitucional dispone que los ministros de culto no tienen derecho al voto activo o pasivo ni derecho de asociación para fines políticos. Sin embargo, a raíz de la reforma al artículo 130, en 1992, los ministros de culto tienen derecho a votar, pero no a ser votados. No obstante, pueden ser votados los que hayan dejado de ser ministros de culto.

c) *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 30 de noviembre de 1973. Fue ratificada por México en 1980.

d) *Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1985. Fue ratificada por México en 1987.

e) *Convenio* (número 105) *Relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso*, adoptado el 25 de junio de 1957 por la Conferencia General de la Organización

Internacional del Trabajo (OIT). Cabe señalar que su antecesor, el *Convenio* (número 29) *Relativo al Trabajo Forzoso*, adoptado el 28 de junio de 1930 por la Conferencia General de la OIT, aceptaba reservas en los términos del artículo 35 de la Carta de la OIT. Fue ratificado por México en 1959.

f) *Convenio* (número 111) *Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación*, adoptado por la Conferencia General de la OIT el 25 de junio de 1958, y ratificado por México en 1961.

g) *Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena*, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 2 de diciembre de 1949. Fue ratificado por México en 1956.

h) *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1984. Fue ratificada por México en 1986.

i) *Convención sobre el Derecho Internacional de Rectificación*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1952.

j) *Convenio* (número 122) *sobre la Política del Empleo*, adoptado el 9 de julio de 1964 por la Conferencia General de la OIT.

k) *Convenio* (número 154) *sobre el Fomento de la Negociación Colectiva*, adoptado el 19 de junio de 1981 por la Conferencia General de la OIT.

l) *Convenio* (número 169) *sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, adoptado por la Conferencia General de la OIT el 27 de junio de 1989. Fue ratificado por México en 1990.

m) *Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 7 de noviembre de 1962. Fue ratificada por México en 1983.

n) *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 9 de diciembre de 1948. Fue ratificada por México en 1952.

ñ) *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*, adoptada por resolución (XXIII) de la Asamblea General de la ONU el 26 de noviembre de 1968.

o) *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la abolición de la pena de muerte*, aprobado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990 por parte de la Asamblea General de la OEA. En el artículo 2

inicialmente prohíbe reserva alguna, pero después agrega que, no obstante, los Estados parte podrán declarar que se reservan el derecho de aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra, conforme al derecho internacional por delitos sumamente graves de carácter militar.

3. *Tratados que permiten reservas expresamente*. Los tratados que permiten de modo expreso la formulación de reservas son los siguientes:

   a) *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, adoptada el 21 de diciembre de 1965. En el artículo 20 determina que las reservas que formulan los Estados en el momento de su adhesión o ratificación se harán circular entre los demás integrantes, que podrán oponerse a ellas en un plazo de 90 días; prohíbe toda reserva que sea incompatible con el objeto del tratado o que inhiba la operación de cualquiera de sus órganos, y aclara que se considerarán dentro de estas categorías las reservas que sean objetadas por cuando menos un tercio de los Estados partes en la Convención. Fue ratificada por México en 1975.

   b) *Convenio* (número 100) *Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor*, adoptado el 29 de junio de 1951 por la Conferencia General de la OIT, que permite hacer declaraciones en los términos del artículo 35 de la Carta Constitutiva de la OIT. Fue ratificado por México en 1952.

   c) *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979. En su artículo 28 prevé que las reservas formuladas circularán entre los Estados integrantes y que estarán prohibidas las reservas incompatibles con el objeto y fin de la Convención. Fue ratificada por México en 1981.

      El gobierno mexicano hizo una declaración interpretativa (reserva de carácter general) de las disposiciones de esta Convención. La exégesis se refiere a que los preceptos que correspondan a lo previsto en la normatividad mexicana se aplicarán conforme a las modalidades y los procedimientos de la ley mexicana. Las prestaciones materiales previstas en la Convención se otorgarán en la medida en que lo permitan los recursos del país.

   d) *Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1952, que en su artículo VII estipula que las reservas que formule cualquier Estado parte se harán circular entre los demás, que podrán objetarlas y, en ese caso, la Convención no entrará en vigor entre el Estado que formuló la reserva y el que la objetó. Fue ratificada por México en 1981.

e) *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989; dispone que las reservas se harán circular entre los Estados parte, y quedan prohibidas las que sean incompatibles con los propósitos de la Convención (artículo 51). Fue ratificada por México en 1990.

f) *Convenio* (número 168) *sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo*, adoptado por la Conferencia General de la OIT el 21 de junio de 1988, que permite la declaración de excluir la aplicación de la sección VII del Convenio, relativa a beneficios especiales para aquellos que solicitan empleo sin haber sido empleados anteriormente (artículo 4.1).

g) *Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada*, abierta a firma por la Asamblea General de la ONU el 29 de enero de 1957, que en su artículo 8 permite la formulación de reservas y regula los efectos de las mismas, en el sentido de que los demás Estados pueden declarar que la Convención no entrará en vigor entre el Estado que hizo la reserva y el que elabora la notificación, si no desea que la Convención se aplique entre el Estado que la formula y el que presenta la declaración en este sentido. Fue ratificada por México en 1979.

h) *Convención para Reducir los Casos de Apatridia*, adoptada el 30 de agosto de 1961 por una conferencia de plenipotenciarios reunida en 1951 y reconvenida en 1961, con base en la resolución de la Asamblea General de la ONU del 4 de diciembre de 1954 que prohíbe la formulación de reservas, salvo por tres artículos de la Convención (artículo 17).

i) *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas*, adoptada el 28 de septiembre de 1954 por una conferencia plenipotenciaria convocada por el Ecosoc, mediante resolución del 26 de abril de 1954, que en su artículo 38 permite expresamente la formulación de reservas, salvo por los artículos 1º, 3º, 4º, 16 (1) y 33 a 42, inclusive.

j) *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1990 y ratificada por México en diciembre de 1998, y aunque prohíbe la exclusión de la aplicación de alguna "parte" (la Convención está dividida en "Partes") o categorías de trabajadores migratorios (artículo 88), en el artículo 91 permite expresamente la formulación de reservas.

México formuló la siguiente reserva al párrafo 4 del artículo 22: "El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos hace reserva expresa respecto del párrafo 4 del artículo 22 de esta Convención, exclusivamente por lo que se refiere a

la aplicación del artículo 33 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y 125 de la *Ley General de Población*." México retiró dicha reserva el 11 de julio de 2014.

k) *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que en el artículo 75 previene que esta solo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, suscrita el 23 de mayo de 1969 y ratificada por México en 1981.

   México interpuso reservas a los artículos 4º, párrafo 1, 12, párrafo 3, y 23, párrafo 2. El artículo 4º versa sobre el derecho a la vida y señala: "...Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción..." México determinó que la frase "en general" no constituye obligación de normar la protección a la vida desde la concepción, ya que esto es materia reservada a los Estados.

   En cuanto al artículo 12, sobre libertad de conciencia y religión, México sostuvo que la Carta Magna limita este derecho a celebrar cultos religiosos dentro de los templos.

   El artículo 23 habla de los derechos políticos, México recalcó la limitación constitucional sobre la prohibición del voto activo y pasivo de los ministros de culto, así como las restricciones para asociación con fines políticos. (Véanse nuestros comentarios acerca de las reservas al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.)

l) *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, "Protocolo de San Salvador", adoptado en San Salvador por la Asamblea General de la OEA el 17 de noviembre de 1988, que en el artículo 20 señala que los Estados parte podrán formular reservas sobre una o más disposiciones específicas, siempre que no sean incompatibles con el objeto y fin del Protocolo.

m) *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la abolición de la pena de muerte*, aprobado en Asunción, Paraguay, por la Asamblea General de la OEA, el 8 de junio de 1990, que en el artículo 2 en principio prohíbe reserva alguna, pero después agrega que, no obstante, los Estados parte podrán declarar que se reservan el derecho de aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra, conforme al derecho internacional, por delitos sumamente graves de carácter militar.

n) *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 por la Asamblea General de la OEA. En el artículo 21 previene que los Estados parte podrán formular reservas, siempre que no sean incompatibles con el objeto y fin de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas.

ñ) *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1944 por la Asamblea General de la OEA. En el artículo XIX prevé que los Estados podrán formular reservas siempre que no sean incompatibles con el objeto y fin de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas. México formuló reserva expresa al artículo IX de esta Convención, respecto de la prohibición del fuero militar. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Radilla Pacheco vs. México*, declaró inválida dicha reserva. Dada la importancia de este caso, más adelante se abundará al respecto.

Los siguientes son otros tratados internacionales en torno a los que México ha formulado reservas:

1. *Convención sobre la Condición de los Extranjeros*, adoptada el 20 de febrero de 1928 en La Habana, Cuba, y ratificada por México en 1931. Las dos reservas que formuló México fueron a los artículos 5º y 6º. El primero se refiere al reconocimiento de las garantías individuales y los derechos civiles esenciales de los extranjeros domiciliados o transeúntes en territorio de un Estado parte. El gobierno mexicano lo interpretó sujetando las modalidades, la extensión de estos derechos civiles y la capacidad civil de los extranjeros para adquirir bienes en territorio nacional a la legislación mexicana.

   La segunda reserva se relaciona con la expulsión de extranjeros, que también se sujeta a la ley mexicana.

2. *Convención sobre Nacionalidad*, adoptada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933 y ratificada por México en el mismo año. Las reservas fueron a los artículos 5 y 6. El primero se refiere a la naturalización que confiere la nacionalidad solo a la persona naturalizada, lo mismo que en el caso de pérdida de esta. El artículo 6 determina que ni el matrimonio ni su disolución afectan la nacionalidad de los cónyuges o de sus hijos. Respecto de las reservas no existe texto. Sin embargo, se presume que los artículos 20 y 43 de la *Ley de Nacionalidad y Naturalización*, de 1934, contravenían los numerales del Pacto. Hoy dicha ley está abrogada; por tanto, podrían revisarse las reservas.

3. *Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer*, adoptada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933 y ratificada el mismo año por México. La reserva interpuesta

es general. El gobierno mexicano se reserva el derecho de no aplicar la Convención en caso de oponerse al artículo 20 de la *Ley de Nacionalidad y Naturalización* (que establecía que la mujer extranjera casada con mexicano se naturalizaba en virtud de la ley, si establecía su domicilio en territorio nacional).

Como se observa, son muchos los tratados que permiten, expresa o tácitamente, la formulación de reservas a sus disposiciones. Si fuera cierto el criterio que determina que poseen el carácter *jus cogens* las disposiciones contenidas en tratados que no permiten reservas, solo serían *jus cogens* la prohibición de discriminación en la educación y la prohibición de la esclavitud, trata de esclavos y prácticas análogas a la esclavitud.

Por otra parte, las convenciones que permiten de manera expresa la formulación de reservas en ocasiones lo hacen estableciendo explícitamente que estas no pueden ser incompatibles con el objeto y fin de la Convención, y algunas agregan que deben versar sobre una o más disposiciones específicas. Las que no expresan lo anterior, sino que se limitan a permitirlas, las autorizan de modo tácito; deben entenderse en este sentido, ya que las reservas no pueden ser incompatibles con el objeto del tratado, pues esa es la regla que determina la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de 1969.[66]

Las convenciones sobre derechos humanos que permiten reservas están plagadas de ellas, y algunas resultan francamente opuestas a los objetivos de los tratados referidos; otras tienen el efecto de oponerse al objeto de la Convención, si no de manera frontal, sí en cierta medida.[67] Si observamos los términos de estas reservas, encontraremos muchas mediante las cuales los países que las formulan, en pocas palabras, declaran que se reservan el derecho de violar o no respetar, en alguna medida, o en ocasiones totalmente, algún derecho fundamental objeto de la Convención. Algunas reservas se refieren aun a derechos insuspendibles en casos de emergencia.[68]

[66] Artículo 19 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de 1969.

[67] "El 85 por ciento de los tratados multilaterales no tienen reservas hechas, y del 15 por ciento que sí las tiene, la mayoría no se relaciona con aspectos sustantivos, sino a disposiciones relativas a solución de controversias. Tal vez la tasa considerablemente alta de reservas a tratados de derechos humanos justifica un tratamiento sui generis para determinar el régimen de reservas de la Convención de Viena." Belinda Clark, "The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women", *The American Journal of International Law*, vol. 85, núm. 2, 1991, p. 316. La traducción es nuestra.

[68] Véanse, por ejemplo, las objeciones que diversos países presentaron a las reservas formuladas por Estados Unidos a los artículos 6 y 7 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, precisamente por tratarse de estipulaciones que no son suspendibles, de acuerdo con el Pacto, ni en casos de emergencia. Sobre las reservas formuladas a tratados en particular pueden consultarse los capítulos 2 a 6 del tomo *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, de C. M. Chinkin y J. P. Gardner (*op. cit.*). El profesor Imbert considera que "no hay nada necesariamente absoluto o universal en la identificación de significado de los términos derogación y reserva, o de que haya necesidad de llegar a los extremos y decir que las reservas están prohibidas porque la derogación del artículo en cuestión no está permitida", P. H. Imbert, "Reservations and human rights conventions", *The Human Rights Review* (Londres) 6:28-60, primavera de 1981, pp. 31 y 32. Buergenthal y Clark, siguiendo a Buergenthal, opinan lo contrario; *cfr.* Thomas Buergenthal, "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court", *op. cit.*, p. 25; Belinda Clark, *op. cit.*, p. 320.

Nos damos cuenta de que entre los integrantes de la comunidad internacional no existe consenso sobre el tema de las reservas en materia *de* tratados de derechos humanos, lo que para algunos podría ser suficiente para llegar a la conclusión de que si las reservas significan "pactar lo contrario" a lo establecido en determinada disposición, entonces *mientras los tratados en materia de derechos humanos pueden ser objeto de reservas, podría argumentarse que sus cláusulas no tienen el carácter de jus cogens internacional.* Ante este problema, resulta relevante invocar nuevamente el claro pensamiento de Buergenthal, quien afirma:

> Parece que hay un consenso casi universal acerca de derechos que son considerados los más fundamentales, y éstos, en general, son derechos que no permiten derogación. Es, por tanto, extremadamente importante saber si los Estados, por medio de reservas, pueden evitar asumir obligaciones que garantizan los más básicos derechos.[69]

El problema de las reservas a tratados sobre derechos humanos ante las instancias internacionales

El problema que plantea Buergenthal ha sido objeto de preocupación y análisis en diversas instancias de la Organización de las Naciones Unidas; incluso ha sido materia de pronunciamientos por parte de tribunales y órganos internacionales, como el Comité de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Internacional de Justicia, como veremos a continuación.

En primer lugar debemos destacar la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia del 28 de mayo de 1951, "Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio", que constituye una piedra angular en el tema de las reservas a tratados multilaterales, no solo porque fue un punto de referencia para la codificación del tema en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969, sino porque se refiere a un tratado central en materia de derechos humanos. Debido a su importancia transcribimos algunas partes, no obstante su extensión. En esta opinión consultiva se declara:

> El objeto y fin de la Convención limita, en consecuencia, tanto la libertad de hacer reservas como la de objetarlas... Se ha argumentado, sin embargo, que cualquier Estado tiene derecho a ser parte en la Convención sobre el Genocidio haciendo cualquier declaración que sea su voluntad en virtud de su soberanía. La Corte no puede compartir este punto de vista. Es obvio que una aplicación tan extrema de la idea de soberanía podría conducir a una falta absoluta de consideración al objeto y fin de la Convención.

[69] Thomas Buergenthal, *op. cit.*

Más adelante, la Corte, al considerar si las reservas están sujetas en cuanto a sus efectos al consentimiento expreso o tácito de las partes contratantes, afirma: "Este punto de vista no puede prevalecer si, tomando en cuenta el carácter de la convención, su objeto y su modo de adopción, se puede establecer que las partes pretendieron derogar dicha regla al admitir la facultad de hacer reservas a la misma." Así, la Corte sostuvo una posición en la que acepta la posibilidad de que se hagan reservas a la Convención,[70] siempre que sean compatibles con su objeto: "Un Estado que ha hecho o mantenido una reserva que ha sido objetada por una o más partes de la Convención pero no por otras, puede ser considerado como parte de la Convención si la reserva es compatible con el objeto y fin de la Convención; de lo contrario, ese Estado no puede considerarse parte de la Convención."[71]

La *Declaración y Programa de Acción de Viena*, adoptada por la *Conferencia Mundial de Derechos Humanos* el 25 de junio de 1993, párrafo 1.26, apremia a los países que no lo hubieren hecho a ratificar los tratados de derechos humanos y los estimula a acceder sin reservas. En el párrafo 11.5 retoma el tema e indica que el recurso de las reservas debe usarse en forma limitada y, en su caso, de la manera más estrecha y precisa posible, asegurándose de que las reservas no sean incompatibles con el objeto de los tratados; además, los insta a revisar las reservas interpuestas regularmente, con el objetivo de que sean retiradas.[72]

La Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 1996/16 sobre el estado de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, adoptada el 11 de abril de 1996, reitera, literalmente, la declaración de Viena, según apuntó.

En el informe que rindió durante la quincuagésima segunda reunión de la Comisión de Derechos Humanos el grupo de trabajo para el proyecto de protocolo facultativo de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, presidido por Carlos Vargas Pizarro (Costa Rica), se observan las posiciones encontradas que se presentaron respecto de la posibilidad de formular reservas, pues algunos delegados se pronunciaron en el sentido de que el protocolo no debe admitir ninguna reserva, y otros en el tenor de que sí deben hacerlo, para facilitar la adhesión.[73]

[70] "La Corte Internacional de Justicia es con frecuencia objeto de críticas por haber puesto gran énfasis... en la idea de que la intención de los autores de la Convención sobre Genocidio fue lograr la mayor participación posible de Estados." P. H. Imbert, *op. cit.*, p. 29. La traducción es nuestra.

[71] Citas tomadas de la Opinión Consultiva "Reservations to the Convention on Genocide", Advisory Opinion, ICJ Reports, 1951, p. 15, 25/14 y 29/18. La traducción es nuestra.

[72] Documento de la Asamblea General núm. A/CONF. 157/23, 12 de julio de 1993.

[73] Véanse párrafos 113 y ss. del documento del Ecosoc, núm. E/CN.4/1996/28, 25 de enero de 1996.

Por otra parte, en el informe que rindió el grupo de trabajo encargado de redactar el proyecto de protocolo facultativo de la *Convención de los Derechos del Niño* sobre su participación en conflictos armados, presentado en la quincuagésima tercera sesión de la Comisión de Derechos Humanos, se expresa que la mayoría de quienes hicieron uso de la palabra *y* el Comité (previsto en el tratado) manifestaron que el protocolo no debería admitir la posibilidad de formular reservas.

Resulta ilustrativo del problema de las reservas a tratados internacionales en materia de derechos humanos el informe que presentó el secretario general en la cuadragésima octava sesión de la Subcomisión sobre Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías de la Comisión de Derechos Humanos, que aborda el tema de la instrumentación de los derechos de la mujer. En 61[74] se indica la importancia que tiene para las Naciones Unidas el problema de las reservas formuladas a la *Convención sobre la Eliminación de Todas la Formas de Discriminación contra la Mujer*, ya que esta probablemente ha sido objeto de más reservas sustantivas que cualquier otro tratado sobre derechos humanos.[75]

Manifiesta que, aunque el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer no tiene facultades para resolver la validez o invalidez de las reservas que plantean los países signatarios, ha tratado el tema con mucho detenimiento, en virtud de que es el órgano que debe enfrentar las consecuencias prácticas. El relato que en este informe se hace de las posiciones del Comité al respecto refleja la incompatibilidad de algunas reservas con el objeto del tratado, pues se insta a que los países retiren las reservas hechas e informen acerca del efecto que estas tienen sobre el cumplimiento de las demás obligaciones que derivan del tratado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, en cuanto al efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículos 74 y 75), no toca el fondo del problema, es decir, qué reservas son admisibles y cuáles no, pues no es la pregunta que se le planteó. Sin embargo, en esta opinión consultiva se manifiestan asuntos relevantes sobre el tema. Así, la Corte concluyó que "los Estados que ratifiquen o se adhieran a la Convención pueden hacerlo con cualesquiera reservas que no sean incompatibles con su objeto y fin",[76] y que "las reservas expresamente

[74] Documento del Ecosoc E/CN. 4/Sub. 2/1996/20, 1 de junio de 1996.

[75] Respecto de este problema puede consultarse Christine Chinkin, "Reservations and objections to the Convention on the elimination of all forms of discrimination against women", en *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out*, de Gardner (*op. cit.*).

[76] Párrafo 26 de la opinión consultiva citada.

autorizadas por el artículo 75, esto es, todas las compatibles con el objeto y fin de la Convención, no requieren aceptación de los Estados Partes..."[77]

En su opinión consultiva sobre restricciones a la pena de muerte,[78] la Corte Interamericana de Derechos Humanos define "los criterios generales que orienten la interpretación de una reserva que, aun estando autorizada por la Convención, conduzca de alguna manera a restringir o debilitar el sistema de protección consagrado en ella".[79] Uno de sus argumentos dice: "A la inversa, si la reserva fuera al párrafo 2 pero no al 4, solamente podría significar la posibilidad de que ese Estado sancione con la pena de muerte nuevos delitos en el futuro, pero siempre que se trate de delitos comunes no conexos, porque respecto de los políticos y de los conexos con ellos regiría la prohibición no reservada del párrafo 4."

De las referencias anteriores se concluye que era admisible la posibilidad de que las cláusulas que imponen obligaciones de respeto a los derechos humanos sean objeto de pacto en contrario. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las opiniones consultivas indicadas, en particular en la relativa a las restricciones a la pena de muerte, admite que se hagan reservas a las disposiciones de la Convención, aunque tengan como efecto excluir completamente la disposición protectora respectiva.

Sin embargo, en las conclusiones de la Corte se interpretó la reserva indicada de manera que no se debilitara el derecho protegido, en este caso, que no se permitiera la extensión de la pena de muerte. No obstante, esto no quiere decir que la Corte haya declarado nula una reserva excluyente del párrafo 2 del artículo 4 de la Convención, lo que hubiera producido que se permitiera la extensión de la pena de muerte en el país que hubiese hecho la reserva. En este sentido, por lo menos, parece que la Corte Interamericana consideró que la prohibición de extender la pena de muerte no es una norma de *jus cogens*. Su criterio se basa en el principio emergente de que las normas de un tratado de derechos humanos que no permiten su derogación incluso en casos de emergencia no pueden ser objeto de ninguna reserva, pero parece inferirse que los derechos derogables en casos de emergencia sí pueden reservarse. Como se verá más adelante, la Corte Interamericana se pronunció en el caso *Radilla Pacheco vs. México* sobre la invalidez de una reserva formulada al artículo IX de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, sobre lo que abundaremos un poco más adelante.

No obstante, en forma recurrente se expresa una preocupación sobre la formulación de reservas y se insta a quienes las formulen a que sean restringidas y precisas; con

[77] Párrafo 37 de la opinión consultiva citada.

[78] Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, Corte IDH (Ser. A) núm. 3, 1983.

[79] Párrafo 47 de la opinión consultiva citada.

esto se percibe una tendencia clara a un pronunciamiento en contra de las reservas en materia de derechos humanos. Se observa que la tendencia es tal que se han dado pronunciamientos obligatorios que así lo declaran, según se analiza más adelante. Como en la década de 1960 no estaba resuelto si la *Carta de las Naciones Unidas*, en cuanto a los derechos humanos, imponía obligaciones a sus integrantes, y la Corte Internacional de Justicia resolvió de tal manera que no cabe duda al respecto, es decir, en efecto, las impone, ya se perciben decisiones de tribunales internacionales en las que se declaran nulas las reservas hechas a tratados en materia de derechos humanos, con base en el principio establecido en el artículo 64 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, que estipula: "Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará." Si, como dijimos, las reservas "se integran al tratado mismo, de tal manera que no es posible interpretarlo cabalmente, respecto del Estado reservante, sin interpretar la reserva misma",[80] una reserva hecha para excluir la aplicación de una norma protectora de derechos humanos será nula.[81]

Buergenthal avizora la emergencia de nuevas normas *de jus cogens* en materia de derechos humanos cuando afirma: "El nexo entre la inderogabilidad y la incompatibilidad deriva de y agrega fuerza a la interrelación conceptual que existe entre ciertos derechos humanos fundamentales y *la emergencia de normas de jus cogens*."[82] Si los tratados en materia de derechos humanos permiten explícita o tácitamente la formulación de reservas es porque en el momento de su elaboración el tema no estaba resuelto.[83] Comenzaremos a ver casos en que –por respeto al clamor de la Declaración de Viena de 1993, en el sentido de evitar reservas y de que se retiren las formuladas– los Estados comiencen a adoptar una postura acorde con el reconocimiento universal de los derechos humanos y menos protectora de las normas de derecho local que pudieran estar en oposición a los tratados sobre derechos humanos.

Al respecto, debemos destacar cuatro pronunciamientos que impulsan la tendencia citada:

1. La importante decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Belilos* (29 de abril de 1988), en la que sostuvo que una declaración interpretativa del tratado era nula y sin valor, no porque fuera contraria a una norma

[80] Párrafo 45 de la opinión consultiva citada.

[81] En este sentido, véase la nota 140 del artículo de Edward Sherman citado.

[82] Thomas Buergenthal, "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court", *op. cit.*, p. 25. La traducción y las cursivas son nuestras.

[83] Rosalyn Higgins, "Introduction", en Chinkin y Gardner, *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out*, *op. cit.*, p. xix.

de *jus cogens*, aspecto que no se menciona en la decisión,[84] sino porque no cumple con los requisitos que señala el tratado en materia de reservas. Pero lo relevante en este caso es que la Corte decidió que la nulidad de la declaración tenía como efecto que el país reservante quedaba vinculado por la estipulación sobre la que hizo la reserva. "Al aplicar las disposiciones del artículo 6, párrafo 1, a Suiza, la Corte demostró su punto de vista en el sentido de que las disposiciones objeto de la reserva permanecían con pleno efecto respecto del Estado reservante."[85]

2. La decisión de la misma Corte en el caso *Loizidou v. Turquía* (23 de marzo de 1995) con las mismas consecuencias legales, pero ahí indicó con toda precisión que la declaración ilegal lo era *por ser contraria al objeto y fin del tratado en virtud del "carácter especial de la Convención como un instrumento del orden público europeo para la protección de los derechos humanos"*,[86] lo que resulta una clara referencia a que una reserva a una norma de *jus cogens* es nula y se tiene por no puesta.

3. La observación general 24 (52) de 1994 del Comité de Derechos Humanos (constituido conforme al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*), que precisa: "Las reservas contrarias a normas perentorias no serían compatibles con el objeto y fin del Pacto... En consecuencia, las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (y a fortiori cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas."[87] Además afirma, al igual que en los casos Balilos y Loizidou, que: "La consecuencia normal de una reserva inaceptable no es la de que el Pacto carezca de todo vigor para la parte que formula la reserva. Antes bien, ¿será posible considerar independientemente esa reserva, en el sentido de que el Pacto será aplicable para la parte que formule la reserva sin que la reserva se tenga en cuenta?"[88] Este nuevo criterio se aleja, desde luego, de lo que la Corte Internacional de Justicia sostuvo en la opinión consultiva de 1951: "Un Estado que ha hecho o mantenido una reserva que ha sido objetada por una o más partes de la Convención pero no por otras, puede ser considerado como parte de la Con-

[84] Sin embargo, Marks opina que entre "las características de la Convención que contribuyeron a la decisión de la Corte en el caso *Belilos*... [está el hecho de que] la Convención ha llegado a ser vista como que establece un *ordre public européen* en el campo de los derechos humanos..." Susan Marks, "Reservation Unhinged. The Belilos Case Before the European Court of Human Rights", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 1990, p. 326.

[85] *Ibidem*, p. 312.

[86] Rosalyn Higgins, *op. cit.*, p. xxi.

[87] Párrafo 8 de la observación general citada.

[88] Párrafo 18 de la observación general referida.

vención si la reserva es compatible con el objeto y fin de la Convención; de lo contrario, ese Estado no puede considerarse parte de la Convención."[89]

4. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Radilla Pacheco v. México* (23 de noviembre de 2009). Por la importancia que reviste esta decisión, y particularmente por estar relacionada con el más paradigmático caso de la Corte Interamericana en México, trascribimos íntegramente a continuación ciertos párrafos de la sentencia, referidos a este punto:

> 310. La Corte ha establecido que "una reserva que suspenda todo el derecho fundamental cuyo contenido es inderogable debe ser considerado como incompatible con el objeto y el propósito de la Convención y, consecuentemente, incompatible con la misma. La situación podría ser diferente si la reserva solamente restringe ciertos aspectos del derecho interno inderogable sin privar al derecho de su contenido básico". Al realizar esta determinación el Tribunal debe examinar si aún cuando la reserva sólo restringe algunos aspectos de un derecho inderogable, ésta impide darle pleno sentido y efecto útil al tratado.
>
> 311. Tal como ha sido formulada, la reserva al artículo IX de la CIDFP implica el desconocimiento del derecho humano al juez natural en la debida investigación y eventual sanción de los responsables de la comisión de desaparición forzada de personas. La necesidad de asegurar que este tipo de casos sean investigados ante las instancias competentes de conformidad con las obligaciones internacionales, trasciende los intereses de los Estados. La erradicación de la impunidad de las violaciones graves de derechos humanos, como la ocurrida en el presente caso, cuenta con una garantía colectiva, reflejada en el claro y creciente interés de toda la sociedad y de todo Estado democrático de Derecho en fortalecer los mecanismos internacionales de protección en esta materia. La Corte estima que el derecho al juez natural, reconocido en el artículo IX de esta Convención, es indispensable para la consecución de los fines propuestos en la misma.
>
> 312. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal considera que la reserva formulada por México no satisface el primer requisito establecido en el artículo XIX de la CIDFP, por lo que, en consecuencia, debe ser considerada inválida. En este sentido, resulta evidente que la aplicación de la jurisdicción militar en el presente caso, por la cual el Estado extendió la competencia del fuero castrense a hechos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, es contraria a la disposición contenida en el artículo IX del tratado de referencia, a la cual México está claramente obligado.

Sobre este asunto, la Comisión de Derecho Internacional, después de 18 años de trabajos, finalmente hizo una contribución importante en la conclusión de la llamada *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados*, aprobado por la Comisión en su 63° periodo de sesiones, del año 2011.

[89] Citas tomadas del texto en inglés de la Opinión Consultiva *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1951, pp. 15, 25/14 y 29/18. La traducción y las cursivas son nuestras.

Como se explicará, la Comisión de Derecho Internacional finalmente apoyó y confirmó la tendencia en favor de invalidar las reservas que recaigan sobre una norma de *jus cogens*, aunque lo anterior estuvo en grave riesgo, como se verá a continuación.

En el segundo informe del relator especial de este tema en la cuadragésima octava reunión de la Comisión de Derecho Internacional (1996), Alain Pellet, se refirió recurrentemente al problema que presentan las reservas a tratados multilaterales sobre derechos humanos.[90]

Este informe no lo consideró la Comisión de Derecho Internacional sino hasta 1997. Nos referiremos, primero, al informe rendido en 1996 y, después, a las conclusiones de la Comisión al conocerlo, así como a las opiniones que sobre estas conclusiones vertieron algunos integrantes de la Sexta Comisión (Legal) de Naciones Unidas.

Uno de los asuntos principales, calificado por Pellet como de cierta urgencia, es determinar "si las reglas aplicables respecto a las reservas a tratados multilaterales... eran aplicables a todos los tratados independientemente de su objeto, y particularmente a los tratados de derechos humanos".[91] Destaca que los tratados sobre derechos humanos, entre otros tratados "normativos", "presentaban problemas especiales... dado que, en opinión de algunos, el régimen jurídico general aplicable a las reservas no sería aplicable a ellos o simplemente porque dichos instrumentos no se prestarían a la formulación de reservas, especialmente tratados sobre derechos humanos".[92] Como vimos, esto no es, ni con mucho, cercano a la realidad, pues la mayor parte de los tratados internacionales en la materia se prestan a la formulación de reservas y están plagados de ellas.

"Hizo notar que este término (*tratados normativos*) abarcaba varias clases de tratados de muy diferentes naturalezas y no constituían una categoría homogénea. Más aún, aunque sí tenían ciertos rasgos esenciales... era importante no tomar una visión demasiado simplista: dichos tratados de todos modos contenían cláusulas típicamente contractuales."[93] La posición del relator especial sobre este punto, por lo menos en cuanto a tratados sobre derechos humanos, se aleja de la realidad, como se analizó antes.[94]

[90] *Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-eighth Session,* Official Records of the General Assembly, Fifty-first session; 6 de mayo-26 de julio de 1996. Suplemento número 10 (A/51/10), párrafos 110, 112, 114, 116, 117, 118, 122, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 135, 136 y 137.

[91] *Ibidem,* párrafo 116.

[92] *Ibidem,* párrafo 118.

[93] *Idem.*

[94] Véase *supra* la cita de la Opinión Consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, desde luego, la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre reservas a la Convención sobre el Genocidio.

En el informe se incluyen argumentaciones que hacen al relator concluir que el régimen entonces vigente en materia de reservas debía mantenerse, incluso para el caso de tratados sobre derechos humanos, y proponía un proyecto de resolución que:

1. Reafirma la aplicación del régimen vigente como lo regulan en los artículos 19 a 23 de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, "y particularmente al criterio fundamental del objeto y fin del tratado como el criterio fundamental para determinar la permisibilidad de las reservas".
2. Considera que debido a la flexibilidad de este régimen, es apropiado para cualquier tratado, independientemente de su objeto.
3. Incluidos los de derechos humanos.
4. Se mantiene "firmemente" en la opinión de que "solamente es el Estado reservante quien tiene la responsabilidad de tomar las acciones apropiadas en caso de incompatibilidad de las reservas que hubiere formulado con el objeto y fin del tratado", ya sea retirándose del tratado, modificando la reserva para hacerla compatible con el objeto del tratado o haciendo a un lado la reserva correspondiente.

Al respecto, Pellet justificaba su punto de vista acudiendo a la interpretación de las fuentes de la Convención de Viena, incluida la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia respecto de la Convención sobre el Genocidio, en la que, como vimos, se hacen pronunciamientos por la flexibilidad en el régimen de las reservas. A esto podría responderse, como se sugirió, que la tendencia en aquel momento era distinta de la actual, pues ahora se reconoce que las disposiciones en materia de derechos humanos deberían considerarse *jus cogens* y que el sistema de permisibilidad de reservas debilita esta concepción. Pellet reconocía que:

> Es innegable que el derecho no se había congelado en 1951 y 1969; cuestiones que no habían surgido, o lo habían hecho apenas en aquellos tiempos, han emergido y requieren de respuestas; las respuestas deben encontrarse en el espíritu de las "reglas de Viena", aunque deban adaptarse y extenderse, según sea lo apropiado, cuando fuere necesario.[95]

Otra opinión que, desde nuestro punto de vista, no favorecía la tendencia necesaria para considerar que los tratados de derechos humanos contienen normas de *jus cogens* y que, por tanto, no debían ser sometidos a reglas liberales en materia de reservas vigentes hasta ese entonces, vistas de manera aislada, es la "firme" convicción en el sentido de que "solamente es el Estado reservante quien tiene la responsabilidad de tomar las acciones apropiadas en caso de incompatibilidad de las reservas que

[95] *Ibidem*, párrafo 131.

hubiere formulado con el objeto y fin del tratado", por ende, no era posible aplicar el principio de separación de la reserva que se calificara de nula, ni considerar que el Estado permanece vinculado al tratado. El relator suponía que esto habría sido contrario al principio de consensualidad de los tratados.[96]

Esta afirmación era opuesta a las actuaciones de la Corte Europea de Derechos Humanos (en los casos *Balilos y Loizidou* citados), y desde luego a la posterior sentencia del caso *Radilla Pacheco v. México* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya citada y explicada anteriormente, en las que se hace una interpretación verdadera de la voluntad que expresa el Estado reservante, lo que el relator considera contrario a derecho. Y remata: "Siempre es la responsabilidad de los Estados y sólo de los Estados el rectificar la impermisibilidad después de haber examinado el caso en buena fe."[97]

Asimismo, la opinión de Pellet era frontalmente contraria al punto de vista del Comité de Derechos Humanos, expresado en el párrafo 18 de la Observación General 24(52) referida.[98]

Por otro lado, parecería que el principio de la consensualidad en los tratados, que el relator especial consideraba fundamental, dejó de serlo a la luz de los principios del *jus cogens*. En este sentido, Cançado Trindade opina que se puede

> advertir para (sic) la manifiesta incompatibilidad con el concepto de jus cogens de la concepción voluntarista del derecho internacional, la cual no es capaz siquiera de explicar la formación de reglas del derecho internacional general...[99] El carácter absoluto de la autonomía de la voluntad ya no puede ser invocado ante la existencia de normas de jus cogens. No es razonable que el derecho contemporáneo de los tratados siga apegándose a un patrón del cual aquel propio buscó gradualmente liberarse, al consagrar el concepto de jus cogens en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados. No es razonable que, por la aplicación casi mecánica de postulados del derecho de los tratados erigidos sobre la autonomía de la voluntad estatal, se frene... una evolución alentadora, impulsada sobre todo por la opinio juris como manifestación de la conciencia jurídica universal, en beneficio de todos los seres humanos.[100]

No podríamos estar más de acuerdo con el lúcido pensamiento del jurista brasileño.

[96] *Ibidem*, párrafo 130.

[97] *Ibidem*, párrafo 131.

[98] La opinión del relator especial la comparte la postura conservadora expresada por Reino Unido y Estados Unidos de América, en los párrafos 14 y 5, respectivamente, de sus *Observaciones a la observación general 24* del Comité de Derechos Humanos. Véanse *Appendix II* y *Appendix III* del tomo *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out*, de Chinkin y Gardner.

[99] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake, sentencia del 24 de enero de 1998, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párrafo 23.

[100] *Ibidem*, párrafo 28.

En efecto, la libertad contractual queda limitada por los principios de orden público internacional, que no admiten pacto en contrario ni siquiera en caso de objeción persistente y, por tanto, tampoco reservas. Atendamos otra vez la opinión autorizada de Cançado Trindade, quien destaca: "En definitiva, también en el derecho de los tratados –en relación, v. g., con las reservas... así como con otros aspectos– el voluntarismo de los Estados tiene límites, sin los cuales difícilmente se realizarían el objeto y propósito de los tratados de derechos humanos."[101] La afirmación de Pellet en favor del principio de consensualidad en los tratados, incluso sobre derechos humanos, por ende, resultaba opuesta frontalmente a las decisiones de la Corte Europea en los casos Belilos y Loizidou y a la posterior sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco vs. México*. Por eso, gracias a las evidencias, el régimen vigente en ese entonces en esta materia, visto aisladamente, fue puesto en duda, por lo menos en cuanto a los valores que persiguen los tratados en materia de derechos humanos, y, como se verá, se confirmó que una reserva que recaiga sobre una cláusula de un tratado que sea reflejo de una norma de *jus cogens*, debe entenderse como no puesta.

Al respecto, el relator especial opinaba que: "Sería desafortunado poner en duda al régimen atribuyéndole una importancia indebida a reflexiones sectoriales que pueden ser perfectamente bien acomodadas en el régimen existente."[102] Desde nuestro punto de vista, las consideraciones relativas a las reservas a tratados sobre derechos humanos no debían, de ningún modo, tenerse por "sectoriales". Son, como analizamos, principios que deberían ser reconocidos como *jus cogens*, no solamente en las proclamaciones y los discursos, sino en la práctica de los Estados, que es socavada por las reservas formuladas. Por eso cualquier reflexión en favor de la integridad de los tratados sobre derechos humanos no debe juzgarse "indebida". El relator especial prefería que las partes contratantes en los tratados adapten las reglas generales vigentes conforme a las convenciones de Viena,[103] sin que considere que existe ningún factor determinante que requiera la adopción de un régimen especial para tratados normativos o aun para tratados sobre derechos humanos.[104] Como veremos más adelante, coincidimos con la idea de que no era necesario adoptar un régimen especial para tratados sobre derechos humanos, pero su tratamiento e interpretación debe ser integral, y no aislado, con lo que se producirían efectos distintos de los que sugiere Pellet, y que finalmente adoptó la Comisión de Derecho Internacional.

[101] *Ibidem*, párrafo 22.
[102] *Ibidem*, párrafo 133.
[103] *Ibidem*, párrafo 134.
[104] *Ibidem*, párrafo 135.

En la reunión de 1997, puesto que la composición de la Comisión de Derecho Internacional había cambiado significativamente,[105] el relator especial presentó su segundo informe, en el que hizo afirmaciones dentro de la línea conservadora y no se acercó a la posición que asumió, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos o la Corte Europea de Derechos Humanos, en el sentido de confirmar que una reserva sustantiva respecto de alguna cláusula de un tratado sobre derechos humanos debe considerarse nula por sí misma, sino que insistió en que los Estados reservantes deben tomar las acciones respectivas, como si se tratara de normas con el carácter de *jus dispositivum*.

En este sentido, puso en tela de juicio la competencia de los órganos de vigilancia o seguimiento de los tratados de derechos humanos sobre la admisibilidad de las reservas.[106] En las conclusiones preliminares de la Comisión, párrafo 157 del informe que estamos comentando, destaca, por un lado, que los mencionados órganos de vigilancia son competentes para "comentar" y "expresar recomendaciones" respecto de la admisibilidad de reservas que formulan los Estados,[107] pero enfatizaba que la competencia de estos órganos no excluye, ni de otro modo afecta, las modalidades tradicionales de control por parte de los Estados contratantes.[108]

Durante los años posteriores, la Comisión de Derecho Internacional continuó con su trabajos en torno a este tema. En 1997 se hicieron consultas con los órganos de tratados, quienes se pronunciaron al respecto. El Comité de Derechos Humanos enfatizó que los Estados parte deben respetar las conclusiones a las que lleguen los órganos de vigilancia de los tratados.[109] Asimismo, el Comité contra la Tortura se pronunció en sentido similar, afirmando que un órgano de un tratado debe tener la posibilidad de declarar la admisibilidad de una reserva con el fin de poder interpretar adecuadamente el objeto y propósito del tratado y que dicha posibilidad es compatible con la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. [110]

Finalmente, la reunión de presidentes de órganos de tratados, en sus sesiones de 1998, se pronunciaron afirmando el contenido de la Observación número 24 del Comité de Derechos Humanos, antes explicada, por lo que la postura de los órganos

[105] Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1997, Volumen II, segunda parte: A/CN/.4/SER.A/1997/Add.1 (Part 2). http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0ahUKEwir_a_dmJbKAhXC7x-QKHS-cDhYQFggmMAQ&url=http%3A%2F%2Filegal.un.org%2Filc%2Fpublications%2Fyearbooks%2Fspanish%2Filc_1997_v2_p2.pdf&usg=AFQjCNEtITVI6dL49-TgEaSNH6oGREMmiQ

[106] Véanse los párrafos 55 y ss. del informe mencionado.

[107] Conclusión núm. 5.

[108] Conclusión núm. 6.

[109] Véase párrafo 10 del Informe de la Comisión de Derecho Internacional A/CN.4/499 1999.

[110] *Ibidem*, párrafo 11.

de tratados era, claramente, a favor de confirmar su competencia para definir si una reserva a alguna estipulación del tratado que les corresponda es admisible o no.

El resultado final, contenido en la *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados*[111] aprobada por la Comisión de Derecho Internacional en el año 2011, fue que los órganos de vigilancia de los tratados y demás mecanismos establecidos para la solución de controversias respecto de algún tratado, tienen competencia para pronunciarse sobre la validez de una reserva, como puede verse a continuación:

3.2 Evaluación de la validez sustantiva de las reservas

Podrán evaluar la validez de las reservas a un tratado formuladas por un Estado o una organización internacional, dentro de sus respectivas competencias:

- los Estados contratantes o las organizaciones contratantes;
- los órganos de solución de controversias, y
- los órganos de vigilancia de la aplicación del tratado.

3.2.1 Competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez sustantiva de una reserva.

1. Un órgano de vigilancia de la aplicación de un tratado, a los efectos de cumplir las funciones que tenga asignadas, podrá evaluar la validez sustantiva de las reservas formuladas por un Estado o una organización internacional.
2. La evaluación hecha por tal órgano en el ejercicio de esta competencia no tendrá más efectos jurídicos que los del acto que la contiene...

3.2.3 Toma en consideración de la evaluación de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados

Los Estados y las organizaciones internacionales que hayan formulado reservas a un tratado por el que se establezca un órgano de vigilancia de su aplicación deberán tener en cuenta la evaluación que este haga de la validez sustantiva de las reservas. . .

3.2.5 Competencia de los órganos de solución de controversias para evaluar la validez sustantiva de las reservas

Cuando un órgano de solución de controversias sea competente para adoptar decisiones que obliguen a las partes en una controversia, y la evaluación de la validez sustantiva de una reserva sea necesaria para que pueda ejercer esa competencia, esta evaluación será jurídicamente vinculante para las partes como elemento de la decisión.

[111] A/CN.4/L.779, http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-internacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos-1/capitulo3/documento-9-guia-practica-reservas.pdf

Sin embargo, se le concedió a los Estados un beneficio, en nuestra opinión indebido, consistente en poder expresar su inconformidad ante la determinación del órgano de vigilancia que hubiera declarado inválida una reserva de la siguiente manera:

> 4.5.3.
>
> 4. Si un órgano de vigilancia de la aplicación del tratado expresa la opinión de que una reserva no es válida, y si el Estado o la organización internacional autor de la reserva no se propone quedar obligado por el tratado sin el beneficio de la reserva, ese Estado o esa organización debería manifestar tal intención dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que el órgano de vigilancia se haya pronunciado.

No obstante lo anterior, lo benéfico del proceso fue confirmar que los órganos de vigilancia de tratados, típicamente los de derechos humanos, pueden pronunciarse sobre la validez o invalidez de una reserva, y no, como pretendía el relator, que dicha cuestión era exclusiva de los Estados.

Por una interpretación integral de la Convención de Viena en materia de reservas y *jus cogens*

El párrafo 5 del artículo 20 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* dispone: "...se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando éste no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que hayan recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado si esta última es posterior."

Por su parte, el artículo 21 de la Convención de Viena de 1969 estipula:

> 1. Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23:
>
> a) modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma;
>
> b) modificará en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva.
>
> 2. La reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones "inter se".

Las estipulaciones anteriores no deberían juzgarse aplicables a normas de *jus cogens*, pues, como se ve, la aceptación de la reserva tendría precisamente el efecto de considerar que, entre la parte que hizo la reserva y la que la aceptó, existe un pacto en contrario a la norma, que no admite pacto en contrario.

El artículo 21 agrega: "3. Cuando un Estado que haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera ésta no se aplicarán entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva."

Otra vez se observa la inaplicabilidad de esta disposición en materia de tratados cuyas normas son *erga omnes*, y en las que los contratantes no buscan beneficios bilaterales que, como vimos, es el caso de los tratados sobre derechos humanos. *Si un Estado hace una objeción a una reserva por ser contraria a una norma que no admite pacto en contrario, resultaría contradictorio que el efecto jurídico fuera la no aplicación de la norma, que por naturaleza es imperativa.* En materia de derechos humanos, este tipo de prácticas resultan, si no inútiles, sí de dudosa utilidad práctica.[112] Basta ver las objeciones que se han hecho a las reservas formuladas por otros Estados a tratados sobre derechos humanos.

Abundan las objeciones seguidas por declaraciones en el sentido de que la objeción planteada "no impide la entrada en vigor entre el Estado 'A' y el Estado reservante",[113] pero también se hacen objeciones en las que el Estado que objeta la reserva simplemente considera que esta la tiene por no puesta y que, por tanto, cree que el Estado reservante está obligado por el tratado en forma completa, sin que pueda beneficiarlo la reserva.[114] En este último caso es claro que la práctica de los Estados que presentan las objeciones no se apoya en el párrafo 3 transcrito, pues no aceptan que la Convención no se aplique, sino que insisten en lo contrario como si la reserva no se hubiere formulado, según declaró la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos *Belilos* y *Loizidou* citados, y el caso *Radilla Pacheco v. México* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que claramente declaró la reserva en cuestión "inválida".

Esto es congruente con una aplicación *mutatis mutandi* de lo previsto en el artículo 71 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, que se refiere a las consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición a una norma imperativa

[112] "El efecto legal de una objeción (al igual que el de una aceptación) es tan insatisfactorio respecto de tratados normativos como respecto de tratados de derechos recíprocos. Una objeción a una reserva no tiene sentido si simplemente produce que la disposición pertinente sea inaplicable, o la modifique en la medida de la reserva, dado que la única manera de lograr el propósito de la objeción es que la reserva se vuelva inoperante." Belinda Clark, *op. cit.*, p. 319.

[113] Véanse, por ejemplo, las objeciones de México respecto de reservas hechas por Mauricio, Canadá, República de Maldivas, Finlandia y Libia, en cuanto a la Convención sobre Discriminación contra la Mujer.

[114] Véanse las objeciones presentadas respecto de reservas hechas a la Convención sobre Discriminación contra la Mujer por parte de Austria, Finlandia –respecto de las reservas hechas por Kuwait y Malasia, a las que considera sin valor legal– y México, respecto de las reservas formuladas por Corea, en la que México declara que las disposiciones reservadas por Corea se han convertido en principios generales de derecho internacional que se aplican a la comunidad internacional, a la que Corea pertenece.

de derecho internacional general. Así, dicha estipulación debería decir, si se aplicara a reservas contrarias a *jus cogens*, que el Estado que haga una reserva de este tipo debe eliminar en lo posible las consecuencias derivadas de su reserva y ajustar su actuación a la norma reservada, como se propone en los casos *Balilos y Loizidou*, de la Corte Europea de Derechos Humanos, y en el párrafo 18 la Observación General 24 del Comité de Derechos Humanos referida, además de la sentencia del caso *Radilla* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por fortuna, el resultado final del proceso de estudio en materia de reservas, que finalmente aprobó la Comisión de Derecho Internacional, fue congruente con la tendencia marcada ya descrita. Como era deseable, la Comisión de Derecho Internacional hizo un reconocimiento expreso de que las reservas a disposiciones de tratados que sean reflejo de normas de *jus cogens* son esencialmente incompatibles con el objeto y fin del tratado en el que existen, porque son contrarias a la esencia de las normas, que consisten en no admitir pacto en contrario ni, por ende, ninguna reserva. Así, la *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados*,[115] finalmente aprobada por la Comisión de Derecho Internacional en 2011, estableció:

> 4.4.3 Falta de efecto en una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens)
>
> 1. Una reserva a una disposición convencional que refleje una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens) no afectará al carácter obligatorio de esa norma, que continuará aplicándose como tal entre el Estado o la organización autor de la reserva y los demás Estados u organizaciones internacionales.
> 2. Una reserva no puede excluir ni modificar el efecto jurídico de un tratado de manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general.

Esto confirma que, contrariamente a lo que pretendía el relator Pellet, la Guía adopta una conclusión en contra del principio de consensualidad en los tratados en todos los casos, y concluye que este principio está supeditado al orden público internacional, incluidas las normas *erga omnes* en materia de derechos humanos. Por ello, la misma guía concluye que: "La nulidad de una reserva inválida no depende de la objeción o la aceptación por un Estado contratante o una organización contratante."[116]

Esto implicaría que los artículos 20 (5), 21 (1) y (3) de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* son inaplicables a los tratados sobre derechos humanos, o por lo menos, a cualquier estipulación contenida en un tratado que sea reflejo de una

[115] *Cfr.* http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-internacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos-1/capitulo3/documento-9-guia-practica-reservas.pdf

[116] Directriz 4.5.2 de la *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados* finalmente aprobada por la Comisión de Derecho Internacional en 2011.

norma de *jus cogens*; por tanto, la consecuencia jurídica de una reserva contraria a una norma imperativa de derecho internacional general debería provocar la nulidad, con los efectos que de ello se derivan, es decir, que la reserva se tendrá por no puesta o separada y que el Estado reservante debe ajustar su comportamiento a la norma que indebidamente pretendió reservar, en los términos del artículo 71 de la Convención. Así lo resolvió la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos *Belilos* y *Loyzidou*, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla. En este último caso lo que hizo la Corte fue "inaplicar" la reserva y hacerla a un lado, para poder entrar al fondo de la cuestión que pretendía excluirse con la reserva, y procedió a considerar la cuestión, para finalmente resolver que México era responsable por el incumplimiento de la disposición que erróneamente pretendió evitar.

Esta postura no significa que se propone un sistema "distinto" del previsto en la Convención de Viena,[117] sino, más bien, poner en tela de juicio la aplicación aislada de los artículos 19 a 23, sin considerar las normas relativas al carácter *jus cogens* de algunos principios y a las consecuencias que la Convención de Viena propone en caso de nulidades derivadas de *jus cogens* emergente. Es decir, no fue necesario que la Comisión de Derecho Internacional ofreciera reformas al régimen vigente, sino que proporcionó, en su Guía sobre reservas, algunos criterios interpretativos de los artículos 19 a 23 en forma conjunta con el 53, 64 y 71.

En este sentido, la jueza R. Higgins atinadamente afirma que no considera correcto decir que la Observación General del Comité de Derechos Humanos busque establecer un "régimen legal distinto" para los tratados de derechos humanos al establecido por la Corte y la Convención de Viena. Más bien, dicho Comité se basa en los criterios sustantivos de la Convención de Viena, y al considerar problemas que nunca fueron considerados por la Corte o por los forjadores de la Convención de Viena, sugiere procedimientos apropiados para un derecho internacional en evolución.[118]

Más adelante hace una referencia que nos parece aplicable a la postura de Pellet: "La reiteración de la necesidad de 'respetar las reglas de Viena sobre reservas' de hecho no aborda el problema ni intelectual ni prácticamente. Como ya se ha dicho, hay un acuerdo general en el sentido de que el principio de Viena sobre el 'objeto y fin' es la clave."[119]

Nosotros agregaríamos que, como el Comité lo expresa, una reserva a una norma que sea reflejo de *jus cogens* en un tratado necesariamente atenta contra su objeto y fin, y por eso no corresponde solo al Estado reservante su corrección, ni se vuelve

[117] Sherman propone cambios sustantivos al artículo 19 de la Convención de Viena, en el comentario citado.

[118] Rosalyn Higgins, *op. cit.*, p. xix.

[119] *Ibidem*, pp. xxi y xxii.

un problema de aceptación u objeción de la reserva para los demás Estados. Dice la jueza Higgins:

> ¿Qué pasa si el Estado *X* ratifica con dicha reserva? ¿Es solamente contraria al objeto y fin en la medida en que los Estados *A, B* y C, lo digan, en objeciones? Y, ¿qué pasa si... los Estados *A, B* y C no se molestan en presentar objeciones?... La realidad legal de esa observancia (a una obligación determinada) queda totalmente dependiente de la respuesta negativa de los Estados partes.[120]

Nosotros respondemos que no. Que la observancia de una norma con carácter de *jus cogens* no puede justificarse simplemente por la falta de objeciones de los demás Estados parte en un tratado, pues es esencial para ella su observancia en todo caso, sin que se derive una inferencia de pacto en contrario por asuntos como los indicados.

Por tanto, además, el tema relativo a la determinación de la validez de una reserva hecha a una norma que refleje un principio de *jus cogens* tampoco puede dejarse al arbitrio del Estado reservante, sino que su invalidez debe considerarla la comunidad de Estados, aun sin necesidad de que exista pronunciamiento de un órgano supranacional de solución de controversias, como sugirió al tratar el tema relativo a la responsabilidad estatal. Esto resulta así porque, si los órganos de vigilancia de los tratados fueran los únicos competentes para resolver sobre la validez o invalidez de una reserva de este tipo, los Estados reservantes que no hubieran declarado que reconocen su competencia (por ejemplo, mediante su adhesión al primer protocolo facultativo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*) quedarían "a salvo" de la responsabilidad que implica el incumplimiento de una norma que debe cumplirse porque es de orden público.

No negamos, ni mucho menos, que los pronunciamientos de estos órganos sobre la materia deben considerarse importantes precedentes que diluciden el asunto,[121] pero la responsabilidad internacional de los Estados que no se han sometido a su competencia no debe quedar impune por ese hecho. Por eso sería deseable que la Comisión de Derecho Internacional se refiriera específicamente a los casos de países que, sin estar sometidos a la competencia de órganos supranacionales, hacen reservas inválidas, y que exprese que su incumplimiento a las normas que reflejan *jus cogens* da lugar a la responsabilidad estatal correspondiente, según se apuntó.

[120] *Idem.*

[121] "Fuertes razones militan en favor de atribuir a los órganos de supervisión internacional establecidos por estos tratados la determinación de la compatibilidad o no de reservas con el objeto y propósito de los tratados de derechos humanos, en lugar de dejar dicha determinación a cargo de los propios Estados Partes, como si fueran, o pudieran ser, los árbitros finales del alcance de sus obligaciones convencionales. Dicho sistema de control internacional estaría mucho más conforme al carácter especial de los tratados de derechos humanos, dotados de mecanismos de supervisión." Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Blake*, sentencia del 24 de enero de 1998, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párrafo 19.

Las conclusiones a las que arribó finalmente la Comisión de Derecho Internacional sobre estas cuestiones, como ya se ha dicho, fue el contenido de la directriz 4.4.3 de la Guía, en la que se afirma que una reserva no puede excluir la aplicación de una norma de *jus cogens*.

Por otro lado, que la nulidad de una reserva no depende de los demás Estados parte, al expresar o no objeciones sobre la reserva, lo que se confirma con lo señalado en la directriz 4.5.2 de la *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados* de la Comisión de Derecho Internacional.

Estas conclusiones nos llevan necesariamente a revisar los efectos que lo planteado tendría en el derecho local de los Estados, ya que, como se sabe, muchas reservas formuladas a tratados sobre derechos humanos se generan por posibles incompatibilidades entre las estipulaciones de los tratados y las disposiciones del derecho doméstico. Este tema se discute con amplitud en el capítulo cuarto, relativo a la jerarquía de las normas sobre derechos humanos en el sistema jurídico local, y el problema que se deriva al enfrentarse con el concepto de *jus cogens* internacional. Por ahora, baste reiterar que ningún Estado puede excusar su incumplimiento a una norma de orden público internacional por el contenido de su derecho local, por fundamental que se considere en el nivel interno.

Recordemos lo que al respecto prevé la Convención de Viena:

> 26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.
>
> 27. *El derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.
>
> 46. *Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados*. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

De acuerdo con la Convención de Viena, no basta que exista una violación de una norma de importancia fundamental, sino que esta debe ser manifiesta, es decir, que resulte objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia, conforme a la práctica usual y a la buena fe. Las cláusulas de la Convención de Viena que estamos revisando deben interpretarse en conjunto con el artículo 53 de la Convención, referente a las normas que tienen el carácter de *jus cogens*. Así, si una

norma de *jus cogens* no admite pacto en contrario en ninguna circunstancia, un Estado no podrá alegar su inobservancia con el pretexto de que su Constitución, por ejemplo, le impide el cumplimiento, ya que eso conduciría a aceptar que una norma de importancia fundamental de derecho interno es contraria a una norma de orden público internacional.

Así, se concluye que las normas de importancia fundamental de derecho interno a las que se refiere el artículo 46 de la Convención son las que, aunque tienen esas características, no contradicen una norma imperativa de derecho internacional general considerada por la comunidad de Estados en conjunto como una norma que no admite pacto en contrario; por tanto, un Estado no puede excusar la formulación de una reserva a una norma que refleje *jus cogens* con la existencia de una norma contraria de su derecho interno. La tendencia consiste en favorecer la protección de la dignidad del ser humano, a pesar del menoscabo del concepto de *soberanía estatal.*

Reservas a cláusulas optativas

Para concluir el tema relativo a las reservas a tratados sobre derechos humanos, cabe plantear algunas precisiones en torno a la posibilidad de hacer reservas a cláusulas optativas o instrumentos facultativos, por ejemplo:

- El primer Protocolo Facultativo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, mediante el cual los Estados parte del Pacto pueden reconocer la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir quejas y conocer casos presentados por individuos que aleguen haber sido objeto de violaciones a los derechos que contempla el Pacto por parte del Estado signatario.
- El artículo 62.2 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, que establece la posibilidad para los Estados parte en la Convención de reconocer la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Parecería que, debido a la naturaleza facultativa de las normas referidas, no debiera existir ninguna objeción para formular reservas. Sin embargo, debemos destacar que las disposiciones de la *Convención de Viena sobre la Celebración de Tratados* deben respetarse, con el fin de que las reservas no afecten el objeto y fin de las cláusulas potestativas o de los instrumentos facultativos.

En primer lugar, debemos destacar que de lo que estamos hablando es del reconocimiento de las competencias de los organismos de seguimiento o vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sustantivas de los tratados sobre derechos humanos para recibir y conocer de quejas presentadas por individuos que aleguen haber sido objeto de violaciones a sus derechos humanos.

Al respecto, pueden presentarse tres tipos de reservas: en razón del tiempo o *ratione temporis*; en razón del lugar o *ratione loci* y en razón de la materia o *ratione materiae*.

La reserva *ratione temporis*, *mediante* la cual los Estados solo reconocen la competencia de los órganos de manera no retroactiva, es compatible con la práctica de los Estados. De hecho, aunque los Estados no hicieran declaración expresa en este sentido, la competencia del órgano se entiende limitada a casos derivados de hechos ocurridos después de la fecha en que el Estado respectivo haya hecho la declaración de competencia. También puede hacerse la aclaración de reconocimiento de competencia por tiempo determinado.

Sin embargo, las reservas *ratione materiae* (mediante las que se pretendió excluir de la competencia de la Corte o del órgano revisor respectivo algunos casos sobre determinadas materias, por ejemplo, la pena de muerte o las expulsiones arbitrarias de extranjeros) y *ratione loci* (mediante las que se pretendió excluir de la competencia del órgano respectivo actos perpetrados por el Estado en algún territorio que esté bajo su jurisdicción influencia) no lo son y deben considerarse nulas y no puestas. Solamente puede limitarse la competencia de estos órganos en razón de la materia si la declaración se hiciera no en forma general, sino para casos específicos.

En el caso particular del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las reservas *ratione materiae* y *ratione loci* van más allá de las condiciones que permite el artículo 62.2 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*: solo acepta que la declaración de reconocimiento de competencia de la Corte se haga incondicionalmente *o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos*.

Por tanto, condiciones *ratione materiae* o *ratione loci* como las descritas antes exceden los límites que permite el artículo 62.2 y, en consecuencia, deben considerarse contrarias al objeto y fin de este numeral.

La Corte Interamericana se pronunció en este sentido, aunque no respecto del tema de reservas, sino en cuanto a la denuncia del reconocimiento de la competencia de la Corte:

> 35. Al interpretar la Convención conforme a su objeto y fin (cfr. infra 39), la Corte debe actuar de tal manera que se preserve la integridad del mecanismo previsto en el artículo 62.1 de la Convención. Sería inadmisible subordinar tal mecanismo a restricciones súbitamente agregadas por los Estados demandados a los términos de sus aceptaciones de la competencia contenciosa del Tribunal, lo cual no sólo afectaría la eficacia de dicho mecanismo, sino que impediría su desarrollo futuro.
>
> 36. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 de la Convención Americana. Dada la fundamental importancia de dicha cláusula para la operación del sistema de protección

de la Convención, no puede ella estar a merced de limitaciones no previstas que sean invocadas por los Estados Partes por razones de orden interno.[122]

Cabe decir que las reservas mencionadas podrían ser válidas si el Estado también hubiere formulado reservas equivalentes a las disposiciones sustantivas de la Convención o se hicieran de manera simultánea a la ratificación de la Convención.

Los argumentos expuestos coinciden con la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Loizidou versus Turquía*.[123] Aquí Turquía hizo una reserva *ratione loci* a la declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte Europea. De acuerdo con el resumen del caso, que se elaboró en las oficinas de la Corte europea, el tribunal decidió lo siguiente en lo relativo a las excepciones interpuestas por Turquía respecto de la competencia de la Corte:

V. Objeciones *ratione loci*

B. La validez de las restricciones territoriales incluidas en las declaraciones de Turquía respecto de los artículos 25 y 46...

Si los artículos 25 y 46 fueran interpretados en el sentido de permitir restricciones (distintas a las de naturaleza temporal) los Estados estarían en posibilidades de calificar su consentimiento conforme a las cláusulas facultativas. Esto debilitaría severamente el papel de la Comisión y la Corte y disminuiría la efectividad de la Convención como un instrumento constitucional de orden público europeo. Las consecuencias para la ejecución de la Convención serían de tan largo alcance que una facultad de este tipo tendría que haberse establecido expresamente. No existe tal disposición en ninguno de los artículos 25 y 46.

La práctica subsecuente de los Estados Contratantes en el sentido de no incluir restricciones *ratione loci* o *ratione materiae* confirma el punto de vista de que éstas no están permitidas.

No se niega que el artículo 46 de la Convención fue moldeado con base en el artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, la diferencia fundamental en el papel y propósito en los respectivos tribunales, aunada al ejercicio de la práctica existente en una aceptación incondicional, provee bases contundentes para distinguir la práctica de la Convención de la práctica de la Corte Internacional.

Finalmente, la aplicación del artículo 63 S 4, por analogía, no sienta bases para la afirmación de que una restricción territorial es permisible.

C. Validez de la declaración conforme a los artículos 25 y 46.

La Corte no considera que la cuestión de la separabilidad de las porciones inválidas de las declaraciones de Turquía puedan decidirse por referencia a las afirmaciones de sus representantes expresadas con

[122] Organización de los Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C: Resoluciones y Sentencias, núm. 54, caso *Ivcher Bronstein*, Competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999 (y núm. 55, caso del Tribunal Constitucional, Competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999). La cita está tomada del primero. Las cursivas son nuestras.

[123] Este caso lo invocó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Ivcher Bronstein y Tribunal Constitucional* citados antes.

posterioridad al depósito de las declaraciones. Turquía tuvo que haber estado consciente en vista de la práctica consistente de las partes contratantes que la cláusula impugnada era de cuestionable validez.

La Corte resuelve que las restricciones impugnadas pueden ser separadas del resto del texto dejando intacta la aceptación de las clausulas facultativas.

Conclusión: las restricciones territoriales son nulas pero las declaraciones conforme a los artículos 25 y 46 contienen aceptaciones válidas a las competencias de la Comisión y de la Corte (16 votos contra dos).[124]

Debe prestarse atención especial a la referencia específica que la Corte hace al hecho de que las restricciones *ratione materiae* no están permitidas.

Ahora bien, la Comisión de Derecho Internacional, en la ya citada *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados*, estableció que, en principio, una reserva formulada a una disposición relativa al reconocimiento de la competencia de un órgano de vigilancia de un tratado, no es en sí inválida:

3.1.5.7 Reservas a las cláusulas convencionales de solución de controversias o de vigilancia de la aplicación del tratado

Una reserva a una disposición convencional relativa a la solución de controversias o a la vigilancia de la aplicación del tratado no es, en sí misma, incompatible con el objeto y el fin del tratado, a menos que:

i. la reserva tenga por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de una disposición del tratado que sea esencial para la razón de ser de este; o

ii. la reserva tenga como efecto excluir a su autor de un mecanismo de solución de controversias o de vigilancia de la aplicación del tratado con respecto a una disposición convencional que haya aceptado anteriormente, si el objeto mismo del tratado es la aplicación de tal mecanismo.

Lo anterior es consistente con las explicaciones que hemos expresado anteriormente en esta sección.

Denuncia de tratados sobre derechos humanos

Durante 1997 y 1999 se presentaron algunos sucesos de gran relevancia: el 23 de octubre de 1997, el gobierno de Jamaica denunció el Primer Protocolo Facultativo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, con efectos al 1 de enero de 1998. Esta acción fue seguida por Trinidad y Tobago, así como por Guyana, que en 1998

[124] Tomado de la página de Internet de Lellos P. Demetriades Law Office, http://www.cyprus.com.cy; *Summary by the Registry (not binding to the Court) Loizidou vs Turkey, European Court of Human Rights. Decision on preliminary objections*, 23 de marzo de 1995 (la traducción es nuestra). Los párrafos relevantes de la sentencia son 65 a 98. Pueden consultarse en la página de Internet de la Corte Europea de Derechos Humanos: http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=0&Action=Html&X=60701243&notice=0&Noticemode =&Relatedmode=0.

> informaron al Secretario General de Naciones Unidas de su retiro como partes del Protocolo Facultativo del PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y entonces, simultáneamente, reaccedieron a ese instrumento formulando reservas tendientes a impedir que el Comité de Derechos Humanos pudiera considerar casos presentados por personas sujetas a sentencias de muerte...[125]

El 26 de mayo de 1999, Trinidad y Tobago denunció la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* en su totalidad.

El 9 de julio de 1999, Perú pretendió denunciar su declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con efectos inmediatos y aplicables "a todos los casos en que el Perú no hubiese contestado la demanda incoada ante la Corte". Al respecto, "la Corte examinó el efecto de dicha declaración en los casos de *Ivcher Bronstein* y del *Tribunal Constitucional*, a que hacía referencia tal declaración, porque el Perú, en esas fechas, no había contestado la respectiva demanda. La Corte declaró inadmisible la pretensión del Estado peruano de retirar con efectos inmediatos la competencia obligatoria de la Corte".[126] Si bien es cierto que la denuncia no procedió para los casos iniciados, esto no quiere decir que no debería ser procedente para casos derivados de hechos ocurridos después del 9 de julio de 1999, como veremos después.

Posteriormente, en septiembre de 2012, con efectos a 2013, Venezuela denunció la *Convención Americana sobre Derechos Humanos in toto*.

Algunos ejemplos de tratados que no contienen disposiciones en materia de denuncia son el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*.

Ciertos tratados que contienen disposiciones relativas a la denuncia son los siguientes, pero, en cualquier caso, deben interpretarse conforme a los principios mencionados de la Convención de Viena:

1. *Convención sobre los Derechos del Niño*, que en su artículo 52 solamente establece: "Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General."

[125] Amnistía Internacional, Informe AMR 05/02/99, junio de 1999. La comunidad internacional debe oponerse a los ataques contra el sistema internacional de protección de los derechos humanos. https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjOh_jSv6LKAhVEJiYKHdT9DS0QFggcMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.amnesty.org%2Fdownload%2FDocuments%2F140000%2Famr050021999es.pdf&usg=AFQjCNEfRMRkAwhNhsYTutGRo9lzsYPZ6Q&bvm=bv.111396085,d.eWE

[126] CDH-CP10/99, español, comunicado de prensa, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, que en su artículo 23 establece:

> La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante y permanecerá en vigor para los demás Estados partes.

III. *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, que en su artículo XXI contiene una disposición idéntica a la de la Convención inmediata anterior.

IV. La *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, que en su artículo 21 prevé: "Todo Estado parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación."

V. Aun la *Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud*, en su artículo 14 se refiere a la posibilidad de denunciarla, de la manera siguiente:

> 1. La aplicación de la presente Convención se dividirá en periodos sucesivos de tres años, el primero de los cuales empezará a contarse a partir de la fecha en que entre en vigor la Convención, según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 13.
>
> 2. Todo Estado Parte podrá denunciar la Convención notificándolo al Secretario General seis meses, por lo menos, antes de que expire el periodo de tres años que esté en curso. El Secretario General informará a todos los demás Estados Parte acerca de dicha notificación y de la fecha en que la haya recibido.
>
> 3. Las denuncias surtirán efecto al expirar el periodo de tres años que esté en curso.
>
> 4. En los casos en que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12, la Convención se haya hecho aplicable a un territorio no metropolitano de una Parte, ésta, con el consentimiento del territorio de que se trate, podrá, desde entonces, notificar en cualquier momento al Secretario General de las Naciones Unidas que denuncia la Convención por lo que respecta a dicho territorio. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que haya sido recibida la notificación por el Secretario General, quien informará de dicha notificación y de la fecha en que la haya recibido a todos los demás Estados Partes.

VI. *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, A. G. res. 39/46, anexo, 39 U. N. GAOR Supp. (núm. 51), p. 197, ONU Doc. A/39/51 (1984); entrada en vigor: 26 de junio de 1987.

Artículo 31

1. Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

2. Dicha denuncia no eximirá al Estado Parte de las obligaciones que le impone la presente Convención con respecto a toda acción u omisión ocurrida antes de la fecha en que haya surtido efecto la denuncia, ni la denuncia entrañará tampoco la suspensión del examen de cualquier asunto que el Comité haya empezado a examinar antes de la fecha en que surta efecto la denuncia.

3. A partir de la fecha en que surta efecto la denuncia de un Estado Parte, el Comité no iniciará el examen de ningún nuevo asunto referente a ese Estado.

VII. *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.*

Artículo 89

1. Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención, una vez transcurridos cinco años desde la fecha en que la Convención haya entrado en vigor para ese Estado, mediante comunicación por escrito dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

2. La denuncia se hará efectiva el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contado a partir de la fecha en que el Secretario General de las Naciones Unidas haya recibido la comunicación.

3. La denuncia no tendrá el efecto de liberar al Estado Parte de las obligaciones contraídas en virtud de la presente Convención respecto de ningún acto u omisión que haya ocurrido antes de la fecha en que se hizo efectiva la denuncia, ni impedirá en modo alguno que continúe el examen de cualquier asunto que se hubiere sometido a la consideración del Comité antes de la fecha en que se hizo efectiva la denuncia.

4. A partir de la fecha en que se haga efectiva la denuncia de un Estado Parte, el Comité no podrá iniciar el examen de ningún nuevo asunto relacionado con ese Estado.

VIII. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*:

Artículo 78

1. Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.

2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado Parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

IX. Protocolo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículo 12:

1. Todo Estado Parte podrá denunciar el presente Protocolo en cualquier momento mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto tres meses después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.
2. La denuncia se hará sin perjuicio de que las disposiciones del presente Protocolo sigan aplicándose a cualquier comunicación presentada, en virtud del artículo 2, antes de la fecha de efectividad de la denuncia.

La denuncia de un tratado es la declaración unilateral que expresa un Estado parte, mediante la que manifiesta su decisión de dar por terminado para sí el tratado correspondiente.

Podemos reiterar los mismos argumentos expuestos respecto de las reservas, *mutatis mutandis*, en materia de denuncias a tratados de derechos humanos, sobre todo en tanto contengan disposiciones que sean reflejo de normas de *jus cogens* internacional.

Si las normas de *jus cogens* no admiten pacto en contrario, tampoco aceptan declaraciones unilaterales de voluntad en contrario; por ende, el efecto de la denuncia de un tratado no libera al Estado denunciante de su obligación de cumplir con esas normas.

Algunas disposiciones de la *Convención de Viena sobre la Celebración de Tratados en Materia de Denuncia y Retiro de Tratados* señalan estas consecuencias, aun sin referirse a normas de *jus cogens*, aunque nuestro argumento se refuerza todavía más si tales disposiciones se interpretan de manera armónica con el artículo 53 de la Convención de Viena.

El artículo 42.2 establece: "2. La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado."

Ningún tratado de derechos humanos, hasta donde sabemos, prohíbe su denuncia,[127] y, más aún, la gran mayoría contiene disposiciones expresas sobre la declaración unilateral y establece el mecanismo para llevarla a cabo. Sobre este particular, entonces, nuestros argumentos resultan alejados de la razón jurídica que inspiró los tratados mencionados. Sin embargo, por una parte, el artículo 56.1 de la *Convención de Viena sobre la Celebración de Tratados* dispone: "Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo, no podrá ser objeto

[127] Como bien recuerda el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, A. Cançado Trindade, en la nota 22 de su voto razonado del caso Blake: "El Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, a su vez, no dispone sobre la denuncia; al respecto, el Comité de Derechos Humanos, operando bajo el Pacto, en su comentario general n. 26 (61), de octubre de 1997, sostuvo que el referido Pacto, por su propia naturaleza, no admite la posibilidad de denuncia."

de denuncia o de retiro a menos: a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado."

Por otra parte, como dijimos, los efectos de la denuncia no liberarían al Estado parte del cumplimiento de las obligaciones que constituyan *jus cogens* o bien que hubieren sido aceptadas y cumplidas por el Estado parte.

En efecto, los artículos 43 y 45 de la Convención prevén:

> 43. *Obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado.* La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado.
> 45. *Pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad, terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado.* Un Estado no podrá ya alegar una causa para anular un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 46 a 50 o en los artículos 60 y 62, si, después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado:
>
> a) ha convenido expresamente en que el tratado es válido, permanece en vigor o continúa en aplicación, según el caso; o
> b) se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación, según el caso.

Como puede observarse, la denuncia no menoscaba "en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado", como es el caso de las normas de *jus cogens* internacional.

Esto lo señala, de manera por demás elocuente, el juez Antônio Cançado Trindade, en el voto razonado que emitió en el caso *Blake vs. Guatemala*, tal vez al prever las acciones que emprendería el gobierno de Trinidad y Tobago. Veamos algunas porciones de este voto relativas al tema que nos ocupa:

> 20. El mismo género de preocupación incide sobre la denuncia de un tratado, permisible en principio sólo cuando esté expresamente prevista en este último [21], y no presumible en el presente dominio de protección [22]. Aquí, nuevamente, se hace presente el factor tiempo: a diferencia de otros tratados cuya vigencia puede inclusive ser expresamente limitada en el tiempo, los tratados de derechos humanos crean obligaciones de protección de carácter objetivo, sin restricción temporal. Así, aunque prevista la denuncia (mediante ciertos requisitos), su aplicación, en caso extremo, debe sujetarse a controles, por cuanto no es razonable que un Estado Parte se comprometa a respetar los derechos humanos y a garantizar su pleno ejercicio solamente por algunos años, y que, denunciado el tratado, todo sería permisible...
>
> Nadie osaría intentar sostener tal posición. Además, aunque efectuada una denuncia, subsistirían en relación con el Estado denunciante las obligaciones consagradas en el tratado que corresponden también a reglas

del derecho internacional consuetudinario, las cuales privarían la denuncia de todo efecto práctico. Al fin y al cabo, hay un elemento de intemporalidad en el corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por tratarse de un derecho de protección del ser humano como tal, independientemente de su nacionalidad o de cualquier otra condición o circunstancia, y por lo tanto construido para aplicarse sin limitación temporal, o sea, todo el tiempo. El derecho de los tratados no puede seguir dejando de tomar en debida cuenta este elemento de intemporalidad propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En definitiva, también en el derecho de los tratados –en relación, v. g., con las reservas y la denuncia (supra), así como con otros aspectos [23]– el voluntarismo de los Estados tiene límites, sin los cuales difícilmente se realizarían el objeto y propósito de los tratados de derechos humanos. En todo caso, si un Estado Parte cumplió efectivamente con el deber general de adecuar su derecho interno a la normativa internacional de protección [24], muy difícilmente podría efectuar la denuncia, en razón de controles del propio derecho interno en un Estado democrático. Ningún Estado Parte en un tratado de derechos humanos contemplaría, de sana conciencia, la facultad de denuncia (aunque prevista), dado el efecto altamente negativo que tendría ésta sobre el régimen objetivo de protección, inspirado en valores comunes superiores y aplicado en conformidad con la noción de garantía colectiva, que dicho Estado ayudó a establecer y consolidar al ratificar el tratado en cuestión, o al adherir al mismo.[128]

Las disposiciones y consideraciones anteriores serán aplicables, entonces, a las partes sustantivas (no así a las facultativas) de todo tratado sobre derechos humanos que no contenga preceptos específicos en materia de denuncia, o que solo se refieran al método de la denuncia, pero no a sus efectos.

Esto quiere decir que las cláusulas o los protocolos facultativos son, por naturaleza, denunciables en forma no retroactiva, conclusión a la que puede llegarse por simple mayoría de razón. Por ejemplo, si un Estado parte en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* tiene la opción de adherirse al protocolo facultativo del mismo, si se adhiriera, puede denunciarlo a su opción para casos derivados de hechos que no

[128] Organización de los Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C: Resoluciones y Sentencias núm. 36; Caso Blake; sentencia de 24 de enero de 1998, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade. Las notas de pie de página del voto transcrito son las siguientes:

21. Las únicas excepciones a este principio contempladas en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (artículo 56) son cuando conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia, y cuando esta última pueda inferirse de la naturaleza del tratado.

22. La Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una cláusula de denuncia (artículo 78), cuyo tenor revela la preocupación de los redactores en que, aun en el caso extremo de su aplicación, fuesen rigurosamente observados los requisitos que establece. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, a su vez, no dispone sobre la denuncia; al respecto, el Comité de Derechos Humanos, operando bajo el Pacto, en su comentario general n. 26 (61), de octubre de 1997, sostuvo que el referido Pacto, por su propia naturaleza, no admite la posibilidad de denuncia.

23. Para recordar uno de ellos, al disponer sobre las condiciones en que una violación de un tratado puede acarrear su terminación o la suspensión de su aplicación, las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados exceptúan expresa y específicamente "las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario" (artículo 60 (5)], en una verdadera cláusula de salvaguardia en defensa del ser humano.

24. Tal como se estipuló, por ejemplo, en el artículo 2 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

hubieren sido denunciados antes de surtir efectos la denuncia, y a partir de ese momento quedaría ajeno a la competencia del Comité de Derechos Humanos respecto de las quejas o peticiones que presente cualquier individuo en su contra. De hecho, como vimos, el protocolo permite expresamente su denuncia. Lo mismo sucede en cuanto al retiro del reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues el artículo 62.2 del Pacto de San José es facultativo u optativo, aunque la Convención solo se refiera a la denuncia de la Convención.[129]

Respecto del momento en que debe surtir efectos la denuncia, creemos que, salvo que el instrumento establezca otra cosa, debe aplicarse el mismo criterio que en el caso en que la costumbre indica que debe surtir efectos el reconocimiento de la competencia, aplicando este criterio a *contrario sensu*. Si es acorde con la práctica de los Estados que el organismo de vigilancia o jurisdiccional respectivo solo es competente para conocer de los casos que se le presenten cuando los hechos objeto del caso correspondiente hubieren ocurrido *después* de hecha la declaración de competencia respectiva, de la misma manera, en caso de denuncia del reconocimiento de la competencia, el órgano continuará teniendo jurisdicción respecto de hechos ocurridos hasta *antes* del momento en que surta efectos la denuncia, aunque el caso sea sometido a su consideración después de ese momento.

La denuncia surte efectos de acuerdo con lo que prevé el artículo 78 del Pacto de San José: que deben aplicarse al caso que nos ocupa, *mutatis mutandi*, hasta un año después de depositado el instrumento de la denuncia, siempre que la declaración de reconocimiento de la competencia de la Corte hubiere estado en vigor para el Estado correspondiente por lo menos cinco años. Debemos tener en cuenta la Convención de Viena, que en su artículo 56.2 estipula que: "Una parte deberá notificar con doce meses, por lo menos, de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él..."

Si aplicamos esto al caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluimos que los efectos de la denuncia respecto de su competencia no pueden ser inmediatos en cualquier caso que la Comisión aún no haya sometido ante la Corte; mucho menos si ya lo hubiere hecho, aunque el Estado denunciante no hubiese contestado la demanda, como pretendió el Perú en su declaración de retiro mencionada.

Los efectos de la denuncia no pueden ser inmediatos para los casos sobre los que la Corte tenga conocimiento, aunque el Estado no hubiere contestado aún la demanda respectiva. La Corte, además, debería declararse competente para conocer de cualquier caso que la Comisión someta a su consideración, si los hechos materia de la

[129] Esto no quiere decir, desde luego, que la declaración de reconocimiento de la competencia de un órgano internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pueda ser objeto de cualquier tipo de reserva, simplemente por tratarse de una cláusula optativa, como vimos.

denuncia se suscitaron antes de la fecha en que surta efectos la denuncia, es decir, un año después de depositado el instrumento mediante el cual el Estado manifiesta su retiro del reconocimiento de la jurisdicción obligatoria de la Corte.

Ejemplo:

Si un Estado denunciara el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 1 de enero de 1999, la denuncia no surtirá efectos sino hasta el 1 de enero del 2000, y la Corte podrá conocer casos derivados de hechos ocurridos hasta antes del 1 de enero del 2000, aunque sean sometidos a su consideración en el 2002 o en cualquier momento ulterior. La Corte no será competente, sin embargo, para conocer asuntos basados en hechos ocurridos después del 1 de enero del 2000.

Estas opiniones fueron razonadas por quien esto escribe antes de conocer las sentencias de la Corte Interamericana del 24 de septiembre de 1999 en los casos *Ivcher Bronstein y Tribunal Constitucional*. En ellos la Corte llegó a conclusiones distintas de las expuestas. Veamos algunas ideas relevantes de estas sentencias, sobre las que haremos algunos comentarios:[130]

> 35. Al interpretar la Convención conforme a su objeto y fin (*cfr. infra* 39), la Corte debe actuar de tal manera que se preserve la integridad del mecanismo previsto en el artículo 62.1 de la Convención. Sería inadmisible subordinar tal mecanismo a restricciones súbitamente agregadas por los Estados demandados a los términos de sus aceptaciones de la competencia contenciosa del Tribunal, lo cual no sólo afectaría la eficacia de dicho mecanismo, sino que impediría su desarrollo futuro.
>
> 36. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 de la Convención Americana. Dada la fundamental importancia de dicha cláusula para la operación del sistema de protección de la Convención, no puede ella estar a merced de limitaciones no previstas que sean invocadas por los Estados Partes por razones de orden interno.
>
> 37. Los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tal como la referente a la cláusula de aceptación de la competencia contenciosa del Tribunal. Tal cláusula, esencial a la eficacia del mecanismo de protección internacional, debe ser interpretada y aplicada de modo que la garantía que establece sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presentes el carácter especial de los tratados de derechos humanos (*cfr. infra* 42 a 45) y su implementación colectiva.

[130] Organización de los Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C: Resoluciones y Sentencias, núm. 54, Caso *Ivcher Bronstein*, Competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999 (y núm. 55, Caso del Tribunal Constitucional, Competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999). La cita está tomada del primero.

Coincidimos con la Corte respecto de esta transcripción, como lo manifestamos antes, pero creemos que los argumentos son plenamente aplicables al tema de las reservas hechas en el momento del reconocimiento de la competencia de la Corte, en los términos del artículo 62, aunque no consideramos que los términos de la Convención impidan la denuncia de una cláusula que, debido a su naturaleza, es facultativa, como señalamos. En efecto, un Estado no puede establecer reservas o "limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 de la Convención Americana", en el momento de su aceptación, como señala la Corte en el párrafo 36 citado; sin embargo, eso no implica que no pueda denunciar el reconocimiento.

La Corte continúa sus argumentos:

> 39. La Convención Americana estipula, en su artículo 62.1, que todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier momento posterior, declarar "que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención". No existe en la Convención norma alguna que expresamente faculte a los Estados Partes a retirar su declaración de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte, y tampoco el instrumento de aceptación por el Perú de la competencia de la Corte, de fecha 21 de enero de 1981, prevé tal posibilidad.

Es cierto que el *Pacto de San José* no contiene ninguna norma que permita retirar la declaración de aceptación de la competencia de la Corte, pero eso, como vimos, no significa que esa declaración no sea retirable o denunciable. La naturaleza de los artículos 61 y siguientes del Pacto coinciden con las disposiciones del Primer Protocolo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. La única diferencia es que los artículos del *Pacto de San José* se ubican en el cuerpo del tratado, lo que no les resta su carácter facultativo, como el del Protocolo mencionado que, además, permite expresamente su denuncia, lo que lleva a concluir que conforme a una interpretación analógica, las cláusulas facultativas de dicho pacto pueden, después de haber sido aceptadas, ser denunciadas, en virtud de su naturaleza optativa.

Sigamos con los razonamientos de la Corte:

> 40. Una interpretación de la Convención Americana "de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin", lleva a esta Corte a considerar que un Estado Parte en la Convención Americana sólo puede desvincularse de sus obligaciones convencionales observando las disposiciones del propio tratado. En las circunstancias del presente caso, la única vía de que dispone el Estado para desvincularse del sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte, según la Convención Americana, es la denuncia del tratado como un todo (*cfr. infra* 46, 50); si esto ocurriera, dicha denuncia sólo produciría efectos conforme al artículo 78, el cual establece un preaviso de un año.

Coincidimos con la Corte en el sentido de que un Estado parte solamente puede desvincularse de sus obligaciones conforme a las disposiciones del tratado; sin embargo, no concordamos en que, en virtud de que la Convención únicamente contiene disposiciones relativas a su denuncia, las cláusulas facultativas no sean denunciables en forma separada, sin necesidad de denunciar en su totalidad. Coincidimos en que la denuncia solo puede hacerse con preaviso de un año, pero, como dijimos, no creemos que deba ser total. Consideramos que las razones que expresa la Corte no ayudan en el fondo a fortalecer el sistema interamericano de protección de derechos humanos, pues parece ser una invitación a que países como el Perú, al verse imposibilitados para retirar su instrumento de reconocimiento de la competencia de la Corte de manera independiente, tengan que denunciar la Convención, como lo hizo Trinidad y Tobago.

En los párrafos subsiguientes la Corte continúa confirmando su criterio en el sentido de que el "retiro" de la declaración de reconocimiento de la competencia de la Corte no puede hacerse en forma aislada, en virtud de que afectaría la integridad de la Convención (párrafos 51 y 52) y suprimiría derechos que reconoce la Convención, en este caso, la garantía de protección internacional de los derechos consagrados en el Pacto (párrafos 41 y siguientes).

Al respecto, ya expusimos las razones que nos hacen diferir de estos argumentos de la Corte, en razón de la naturaleza facultativa de las cláusulas mencionadas, que las hace análogas al Protocolo Facultativo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que es denunciable por disposición expresa. Creemos que sí existe la posibilidad que proporciona el Pacto de que los Estados parte se adhieran sin reconocer la competencia de la Corte, lo que implica que el no reconocimiento de la jurisdicción no es un atentado contra la integridad de la Convención, como tampoco la denuncia del Protocolo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* afecta la integridad del Pacto.

Coincidimos con la Corte cuando afirma:

> La solución internacional de casos de derechos humanos (confiada a tribunales como las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos), no admite analogías con la solución pacífica de controversias internacionales en el contencioso puramente interestatal (confiada a un tribunal como la Corte Internacional de Justicia); por tratarse, como es ampliamente reconocido, de contextos fundamentalmente distintos...[131]

Estamos de acuerdo con los argumentos hipotéticos esgrimidos por la Corte, que en nuestra opinión no deberían ser hipotéticos debido a las razones expuestas:

> 52. Aun en la hipótesis de que fuera posible tal "retiro" –hipótesis rechazada por esta Corte– no podría éste de modo alguno producir "efectos inmediatos". El artículo 56.2 de la Convención de Viena estipula

[131] Párrafo 48.

un plazo de anticipación de "por lo menos doce meses" para la notificación por un Estado Parte de su intención de denunciar un tratado o retirarse de él. Este plazo tiene el propósito de proteger los intereses de las otras Partes en el tratado. La obligación internacional en cuestión, aunque haya sido contraída por medio de una declaración unilateral, tiene carácter vinculante; el Estado queda sujeto a "seguir una línea de conducta consistente con su declaración", y los demás Estados Partes están habilitados para exigir que sea cumplida.

53. A pesar de su carácter facultativo, la declaración de aceptación de la competencia contenciosa de un tribunal internacional, una vez efectuada, no autoriza al Estado a cambiar posteriormente su contenido y alcance como bien entienda: "...El derecho de poner fin inmediatamente a declaraciones con duración indefinida encuéntrase lejos de estar establecido. La exigencia de la buena fe parece imponer que se debería aplicar a ellas por analogía el tratamiento previsto por el derecho de los tratados, que requiere un plazo razonable para el retiro o la denuncia de tratados que no contienen disposición alguna sobre la duración de su validez". Así, para que la aceptación de la cláusula facultativa sea terminada unilateralmente, deben aplicarse las reglas pertinentes del derecho de los tratados, las cuales descartan claramente dicha terminación o "retiro" con "efecto inmediato".

Aunque, como dijimos, coincidimos con los argumentos anteriores, en cuanto al momento en que debe surtir efectos el cese de la competencia de la Corte, creemos que esta debería continuar siendo competente para conocer cualquier asunto que tenga como base hechos sucedidos antes de la fecha en que la declaración de denuncia haya surtido efectos, como analizamos con anterioridad.

La Corte concluye:

54. Por las razones anteriores, la Corte considera que es inadmisible el pretendido retiro por el Perú de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte con efectos inmediatos, así como cualesquiera consecuencias que se busque derivar de dicho retiro, entre ellas, la devolución de la demanda, que resulta irrelevante.

Estamos de acuerdo con este párrafo, aunque por razones diversas de las que esgrime la Corte. La declaración de denuncia o retiro que formuló el Perú no tiene efectos inmediatos y, por tanto, la Corte puede continuar con la sustanciación de los asuntos sometidos a su consideración en los casos mencionados.

Cabe señalar que, después de la caída del régimen de Alberto Fujimori, el gobierno provisional del Perú, a cargo del doctor Valentín Paniagua, por medio de medidas diplomáticas manifestó su aceptación de las resoluciones de la Corte, por lo que se entiende que se considera sometido a la jurisdicción obligatoria de la misma, no obstante la declaratoria de retiro formulada el 9 de julio de 1999.[132]

[132] Véase www.cidh.org/comunicados/spanish/2001/PERU.htm, comunicado de prensa conjunto, s/n, firmado por el doctor Diego García Payán, ministro de Justicia de Perú, y el decano Claudio Grossman, presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en Washington, D.C., el 22 de febrero de 2001.

1. Defina el concepto *tratado internacional* conforme a la *Ley sobre la Celebración de Tratados*.
2. Enumere y explique los elementos de existencia y validez de un tratado, conforme a la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969.
3. Escriba la definición de normas de *jus cogens* y explique brevemente la discusión sobre si las normas protectoras de derechos humanos pertenecen a esa categoría.
4. Indique las semejanzas y diferencias entre los tratados sinalagmáticos y los normativos, y señale a qué categoría pertenecen los tratados que versan sobre derechos humanos y por qué.
5. Defina el concepto *reservas* a tratados de derechos humanos, y explique cuándo una reserva puede ser inválida por recaer en una norma protectora de derechos humanos, que a su vez sea reflejo de una norma de *jus cogens*.
6. Explique el concepto *denuncia de tratados* y el contenido de las disposiciones contenidas en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* en la materia.

capítulo 4

El marco jurídico mexicano de los derechos humanos

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector será capaz de:

- Tener una visión panorámica de la forma en que está constituido el marco jurídico mexicano en materia de derechos humanos.
- Comprender cómo se distribuyen en la Constitución las normas referidas a derechos humanos.
- Conocer los tratados internacionales de derechos humanos de los que México es parte.
- Clasificar los tratados en materia de derechos humanos en cuanto a su contenido.

Para abordar el tema del marco jurídico vigente en México en cualquier materia es conveniente entender la jerarquía de las normas que constituyen el sistema jurídico, y a partir de ese conocimiento incursionar en su análisis.

Como punto de referencia para conocer el orden jerárquico establecido para las normas jurídicas en el sistema legal mexicano es útil partir del artículo 133 constitucional:

> 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 entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

El sistema jurídico mexicano está compuesto por normas de carácter nacional, federal y local. Esto es debido a que México es una república federal.[1] En tal virtud, habrá

[1] "**Artículo 40.** Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental" (http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm

normas jurídicas que sean aplicables y, por tanto, obligatorias, para las autoridades tanto federales como locales, a las que llamaremos *nacionales*; habrá normas que solamente deban ser cumplidas por las autoridades federales, y otras que solo sean obligatorias para las autoridades de cada una de las entidades federativas en particular.

Las normas de carácter nacional son de dos tipos: la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, que es un conjunto de normas obligatorias para todas las autoridades de la nación, y los tratados internacionales, que obligan tanto a las autoridades federales como locales.[2]

Las normas federales son aquellas emanadas del Congreso de la Unión y que se derivan de las facultades legislativas que al mencionado Congreso le otorga el artículo 73 de la Constitución General. El Congreso de la Unión se encuentra constituido por dos cámaras: la de diputados y la de senadores.[3] El proceso legislativo de las normas federales está descrito por el artículo 72 de la Constitución General de la República. La misma Constitución le otorga algunas facultades exclusivas a cada una de las cámaras, aunque, en términos generales, estas facultades no son de carácter materialmente legislativo, sino administrativas o judiciales.[4] Sobre las facultades del Senado de la República para la aprobación de tratados internacionales hablaremos con mayor amplitud más adelante en este capítulo.

Cada una de las entidades federativas cuenta con sus respectivos poderes legislativos, ejecutivos y judiciales. Así, en las materias que no le están reservadas de manera exclusiva al Poder Legislativo federal o Congreso de la Unión, los poderes legislativos de las entidades federativas están facultados para legislar.[5]

Por el momento, baste mencionar que el orden en que se analizarán las disposiciones legales sobre la materia será el que indica el artículo constitucional. En primer lugar, se revisarán los preceptos constitucionales sobre el tema, para después ver las leyes federales y los tratados internacionales suscritos y ratificados por México relacionados con el problema que se aborde, y, finalmente, las disposiciones locales. Lo anterior, no obstante que de acuerdo con el nuevo contenido del artículo 1º constitucional, reformado en junio de 2011, y en virtud de la interpretación que le ha dado al mismo y al artículo 133 la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las normas contenidas en

[2] Véase Fernando Alejandro Vázquez Pando, "Jerarquía del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá en el sistema jurídico mexicano", en *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio. Memorias*, Universidad Iberoamericana, México, 1992.

[3] Artículo 50.

[4] Artículos 74 y 76.

[5] "**Artículo 124.** Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias."

tratados internacionales de los que México sea parte –y que tengan contenido de derechos humanos– se han integrado al texto constitucional.

En este capítulo nos limitaremos a describir la medida en que cada tipo de ordenamiento mencionado regula la materia de los derechos humanos.

Los derechos humanos en la Constitución

No reiteraremos lo que se expone en el capítulo titulado "El derecho constitucional de los derechos humanos". Baste decir por ahora que en la Constitución, código de las normas de mayor jerarquía en nuestro sistema jurídico, existen preceptos que versan, directa o indirectamente, sobre los derechos humanos y presentan una visión general de estos.

Como dijimos, el mayor número de artículos constitucionales en materia de derechos humanos se ubican en el Capítulo I del Título Primero de la Constitución, denominado "De los Derechos Humanos y sus Garantías".

La mayor parte de los preceptos de ese capítulo constituyen el reconocimiento por el Constituyente de un gran número de derechos fundamentales de la persona humana. En ocasiones, un solo artículo contiene el reconocimiento de más de un derecho fundamental. Otras veces, el precepto solamente versa sobre un derecho fundamental en particular. Otras, un numeral reconoce algún derecho fundamental, pero además regula asuntos que no tienen como objetivo reconocer derechos, sino establecer lineamientos de carácter político en una u otra materia. Por último, algunos artículos del Capítulo I del Título Primero de la Constitución no se refieren a ningún derecho fundamental sino a otras materias, que, aunque pudieran relacionarse con el tema de los derechos humanos, no declaran ningún derecho.

Por tanto, no puede decirse que en el Capítulo I del Título Primero de la Constitución se encuentre la declaración de los derechos fundamentales del ser humano, sino, a lo sumo, la mayor parte de los preceptos de esa declaración. Existen otros artículos que determinan los derechos fundamentales que no se incluyen en ese capítulo, sino en otros, y algunos artículos del capítulo mencionado no declaran propiamente los derechos fundamentales. Veamos las razones de esta afirmación.

Los artículos del Capítulo I del Título Primero de la Constitución que se abocan a declarar algún derecho, alguna obligación correlativa a ese derecho, o ambos, y en ocasiones a aclarar algunas restricciones son, por ejemplo, los siguientes:

Artículo 1º. Reconoce el derecho a la igualdad de todas las personas en el goce de los derechos humanos y establece la obligación correlativa a cargo del Estado de no suspender ni restringir estos derechos salvo en los términos que permite la Constitución;

prohíbe, por tanto, toda discriminación y se refiere al derecho de todo individuo a no estar sometido a esclavitud. Conforme a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, este precepto incorporó los principios *pro persona*, además de los de progresividad, universalidad, interdependencia e indivisibilidad, y las obligaciones a cargo de todas las autoridades del país de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, así como de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.

Artículo 2º. Se refiere a la cuestión relacionada con los *derechos de los pueblos indígenas*.

Artículo 3º. Habla del derecho a la educación y de aspectos directamente relacionados con este derecho. Este artículo fue reformado el 26 de febrero de 2013 para incluir la importante reforma educativa que se encuentra en proceso de implementación.

Artículo 6º. Versa sobre la libertad de expresión, por cualquier medio, y sobre la declaración del derecho a la información, como una derivación necesaria del derecho a la libertad de expresión. Se desarrolla de manera pormenorizada el derecho de acceso a la información, que tal vez constituye una de las más importantes aportaciones del sexenio de Vicente Fox a los derechos humanos fundamentales y al ejercicio de la democracia. También se incluyen en este numeral los derechos en materia de radiodifusión y telecomunicaciones, que convierten las telecomunicaciones y la radiodifusión en un instrumento indispensable para el acceso a la información y para la libertad de expresión. La internet, por ejemplo, no es en sí mismo un derecho, pero sí un elemento que permite el acceso a la información y que facilita la difusión de las ideas y la libertad de expresión, volviéndose indispensable para el respeto y la realización de estos derechos.

Artículo 7º. Se refiere al derecho de libertad de expresión y establece algunas obligaciones correlativas a cargo del Estado respecto de este derecho. Se debe destacar la prohibición de la previa censura.

Artículo 8º. Habla exclusivamente del derecho de petición, derecho íntimamente relacionado con otros derechos, como el de acceso a la información.

Artículo 10. Este es un claro ejemplo de una norma que "otorga" un derecho que en sí mismo no es un derecho humano fundamental. Se refiere al "derecho" a poseer armas.

Artículo 11. Declara el derecho a la libertad de tránsito, y en virtud de la reforma de junio de 2011 incorporó, de manera por demás desafortunada, el derecho al asilo político y al "refugio" como un privilegio del Estado por razones humanitarias. Esta

adición confunde de manera incomprensible el derecho al asilo y a ser reconocido como refugiado con la institución de asilo político.

Artículo 12. Versa sobre el no reconocimiento de validez a títulos nobiliarios, como una especie de medida de reconocimiento del derecho a la igualdad de los individuos ante la ley.

Artículo 24. Declara el derecho a la libertad religiosa y los asuntos relacionados con el tema.

Por su parte, los artículos del Capítulo I del Título Primero de la Constitución que se abocan a declarar y regular más de un derecho en particular son, por ejemplo, los siguientes:

Artículo 4º. Declara varios derechos de índole diversa, por ejemplo, reconoce el fundamental principio de igualdad entre el varón y la mujer, además de otros derechos humanos de importancia, como el derecho a la libertad reproductiva, el derecho a la alimentación, el derecho a la salud, el derecho a un medio ambiente sano, el derecho al agua, el derecho a la vivienda, el derecho a la personalidad e identidad personal, el principio de interés superior de la niñez y, en general, los derechos de los niños y las niñas a gozar de todos los derechos humanos, el derecho a la cultura, incluyendo la cultura física y la práctica del deporte.

Artículo 5º. Se refiere a la libertad de que debe gozar el ser humano para ganarse la vida; en este sentido podría decirse que alude a un solo derecho y no a varios. Sin embargo, en general el derecho al trabajo, a la libre competencia en el comercio y la libertad de profesión se consideran derechos distintos y normalmente se estudian por separado, porque son de índole diferente.

Artículo 9º. Algo similar al artículo 5º sucede con las disposiciones del 9º, que aunque regula un derecho que se divide en dos, jurídicamente el derecho de reunión y el de asociación son de naturaleza distinta; no obstante, su regulación conjunta en la Constitución puede ser conveniente, en la medida en que tienen elementos comunes, pero no por ello son un solo derecho.

Artículo 13. Aunque podría decirse que en este artículo se garantiza la igualdad de todos en la aplicación de la ley, el derecho a no ser juzgado ante tribunales especiales es de naturaleza distinta del derecho a no ser objeto de una ley privativa. Además, este artículo versa sobre otros temas, como el fuero de guerra.

Artículo 14. Contiene declaraciones de derechos fundamentales de índole diversa y de importancia fundamental, como la garantía de audiencia y de legalidad, tanto en materia civil como penal, incluido el derecho a la no aplicación retroactiva de las normas jurídicas.

Artículo 16. El comentario respecto del artículo 14 puede aplicarse al 16, ya que en él se establecen obligaciones a cargo del Estado que se derivan de derechos fundamentales de la persona en materia de seguridad jurídica y personal, pero también se regulan asuntos relativos al derecho a la privacidad de las comunicaciones, por ejemplo.

Artículo 17. Contempla, por un lado, los derechos relacionados con la administración adecuada de justicia y la correspondiente prohibición de hacerse justicia por propia mano; pero, por otro lado, señala el derecho fundamental de la persona a no ser aprisionada por deudas.

Artículo 19. Regula los derechos de la persona sujeta a una detención, pero se incluyen derechos de carácter procesal en materia penal, así como de dignidad de la integridad física de las personas; aunque tienen una relación íntima, pueden considerarse de índole diferente.

Artículo 20. Contiene la declaración de diversos derechos y el correlativo establecimiento de obligaciones o restricciones en el actuar de la autoridad para respetar los derechos que le corresponden a la persona que pudiera estar sujeta a proceso penal.

Artículo 22. Se refiere a la pena de muerte y a la prohibición de aplicar castigos que atentan contra la dignidad física de las personas, así como otras penas trascendentales. Aunque podría decirse que se aboca exclusivamente al tema de las penas, en términos generales, en realidad se refiere a más de un derecho fundamental.

Además de los artículos mencionados, que versan sobre la protección de derechos humanos, en el Capítulo I del Título Primero de la Constitución encontraremos otros que se abocan a hacer declaraciones o a regular asuntos que no propiamente son tema de derechos humanos, por ejemplo, los siguientes:

Artículo 27. Reconoce el derecho a la propiedad privada y regula aspectos relativos a este derecho, pero abarca otros que, en estricto rigor, no se refieren al derecho a la propiedad como derecho humano fundamental, sino que regulan aspectos relativos a la explotación de recursos y establecen las bases de todo el derecho agrario mexicano.

Artículo 28. Se refiere a asuntos directamente relacionados con el derecho a la libre competencia, pero también regula otros que no son derechos fundamentales.

En este capítulo de la Constitución, los artículos 25 y 26 no son declarativos de derechos humanos, sino que se refieren a temas diversos que, si bien tienen una relación estrecha con los derechos económicos y sociales, no contienen ninguna declaración de derechos humanos.

En otros capítulos de la Constitución encontramos artículos que contienen normas que reconocen derechos fundamentales, establecen restricciones en el accionar de

la autoridad, a manera de aceptación de los derechos respectivos, o restricciones a los derechos reconocidos de otro modo en algún otro lugar de la Carta Magna, por ejemplo, los siguientes:

Artículo 30. Se refiere al derecho a la nacionalidad.

Artículo 31. La fracción I habla de la obligación correlativa al derecho de los niños a recibir educación. La fracción IV versa respecto de la equidad y proporcionalidad de las contribuciones a cargo de los ciudadanos.

Artículo 32. Establece los lineamientos para el ejercicio de derechos ejercitables por mexicanos, dependiendo de si tienen o no doble nacionalidad.

Artículo 33. Reconoce para los extranjeros, de manera expresa, el goce de los derechos humanos y garantías que reconoce la Constitución, pero por otro lado restringe el derecho de audiencia en caso de que el presidente de la República decida expulsar a algún extranjero del país. Es importante destacar que la reforma al artículo 33 del 10 de junio de 2011, el cual prevé que habrá previa audiencia para estos casos, aún no ha entrado en vigor, dado que el artículo quinto transitorio del decreto de reformas correspondiente establece que "el Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del artículo 33 constitucional... en un plazo máximo de un año contado a partir del inicio de vigencia de este decreto", y establece expresamente que "en tanto se expida la ley referida, este artículo se seguirá aplicando en los términos del texto vigente". A pesar del tiempo transcurrido, a la fecha en que este texto se escribe el Congreso de la Unión no ha cumplido con su obligación de emitir la ley reglamentaria, por lo que el artículo 33 continúa restringiendo el derecho a la libertad de audiencia en esta materia.

Artículo 35. Consagra los derechos políticos, que son verdaderos derechos fundamentales del ciudadano.

Artículo 37. Se refiere al derecho a la nacionalidad y a la ciudadanía, así como a las circunstancias en que puede perderse ese derecho.

Artículo 38. Establece los casos en que se pueden perder los derechos del ciudadano.

Artículo 39. Reconoce el derecho inalienable de los integrantes del pueblo a decidir su forma de gobierno.

Artículo 41. Contiene disposiciones que constituyen verdaderos derechos fundamentales en materia política.

Artículo 123. Contiene el catálogo de derechos que constituyen, en general, el derecho social al trabajo.

Artículo 127. Se refiere al derecho a recibir una remuneración digna para aquellos que desempeñen cargos públicos.

Artículo 129. Prohíbe a las fuerzas armadas realizar funciones que no les son propias, lo que constituye una obligación de no hacer a cargo del Estado, tendente a salvaguardar la seguridad de las personas.

Artículo 130. Regula el derecho a la asociación, en particular en materia religiosa, y establece algunas restricciones a derechos fundamentales reconocidos en otros preceptos constitucionales, como la libertad de expresión y de asociación para fines políticos, entre otros.

Artículo 131. Determina las facultades de las autoridades para regular el comercio exterior, lo que se relaciona con el derecho a la libertad de comercio.

Artículo 136. Tiene que ver con el llamado *derecho a la revolución*, que puede derivarse de una objeción de conciencia colectiva y tornarse en el ejercicio legítimo del derecho a la defensa por medios violentos, cuando no quede otro recurso.

Finalmente, la Constitución contiene algunas disposiciones que establecen las que deberían llamarse propiamente *garantías* de los derechos humanos reconocidos por aquella, por ejemplo, los artículos 103 y 107, referidos al juicio de amparo, como verdadera garantía de protección de los derechos que pudieran ser atropellados por las autoridades en el ejercicio de sus funciones; los artículos 41, 60 y 99, que dan base a la garantía judicial de aseguramiento de los derechos políticos, y el artículo 102 B, que se refiere a la creación de comisiones de derechos humanos, como medios no jurisdiccionales de apoyo para el caso de violación de derechos humanos.

Es evidente que la Carta Magna contiene disposiciones de importancia medular para el estudio del marco jurídico mexicano en materia de derechos humanos.

Los derechos humanos en las leyes del Congreso de la Unión

Como analizamos, el artículo 133 constitucional establece que las leyes del Congreso de la Unión que emanen de la Carta Magna forman parte de la ley suprema de la Unión.

Dijimos en el capítulo relativo al derecho constitucional de los derechos humanos lo que la ley es, desde los puntos de vista formal y material; por ello, no repetiremos dichas explicaciones.

Toda ley que expida el Congreso, en virtud del señalamiento que hace la Constitución, no debe ir en contra de sus preceptos. Es particularmente relevante lo que

prevé el artículo 1º, que dispone que los derechos humanos no podrán restringirse más que en los casos y con las condiciones que la Carta Magna establece, lo que quiere decir que las leyes que emita el Congreso de la Unión podrán, si no restringir, desde luego ampliar los derechos mínimos reconocidos en aquella.

Las facultades y el proceso de creación de leyes del Congreso federal están previstos en el Capítulo II del Título Segundo de la Constitución, al que nos remitimos.

No pretendemos incluir en este apartado una lista exhaustiva de las leyes que directa o indirectamente regulan derechos fundamentales, sino simplemente dar varios ejemplos representativos a fin de destacar la importancia del análisis de las leyes, y no solo de la Constitución, para lograr un estudio jurídico integral de los derechos humanos.

En materia de derecho a la vida tenemos disposiciones federales sumamente relevantes para su estudio, por ejemplo, el *Código Penal Federal* en materia de delitos contra la vida, así como la *Ley General de Salud*, en tanto regula el concepto jurídico de *muerte*.

Por lo que se refiere al derecho a la igualdad ante la ley, son importantes muchas disposiciones que están dispersas en un gran número de ordenamientos federales, como la *Ley Federal del Trabajo*, la *Ley Federal de Educación*, el *Código Penal Federal*, así como toda ley, en la medida en que debe ser de carácter general y no establecer ninguna discriminación por raza, credo, género, etcétera.

Respecto de la prohibición de la esclavitud y las prácticas que se le asemejan, las disposiciones de la *Ley Federal del Trabajo*, que protegen los derechos de los trabajadores a no trabajar sin la retribución justa, son un ejemplo de normas de carácter federal que tienen un punto de contacto estrecho con ese tema.

La *Ley Federal de Educación* es reglamentaria del artículo 3º y, en esa medida, relevante para el estudio del derecho a la educación.

En materia de libertad de expresión hay disposiciones legales emitidas por el Congreso de la Unión que se vinculan con este tema, por ejemplo, la *Ley sobre Delitos de Imprenta*, que es reglamentaria de los artículos 6º y 7º constitucionales, la *Ley Federal de Radio y Televisión*, la *Ley Federal de Cinematografía* y la *Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales*, en cuanto a la participación de los institutos políticos en el uso de los medios de comunicación.

En cuanto al derecho a la información, la *Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública*.

La *Ley de Migración* es ejemplo de un ordenamiento legal emitido por el Congreso de la Unión que tiene conexión estrecha con el derecho a la libertad de tránsito.

La *Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público* reglamenta el derecho a la libertad religiosa reconocido en el artículo 24 constitucional.

En materia de derecho a la salud existen ordenamientos relevantes, como la *Ley General de Salud,* la *Ley del Seguro Social* y disposiciones penales de carácter federal en materia de delitos contra la salud, por mencionar algunas.

Respecto del derecho a la vivienda, podemos mencionar la *Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.*

En materia del derecho a la libertad de profesión, industria, comercio y trabajo existe un sinnúmero de disposiciones federales aplicables, como la *Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal,* el *Código de Comercio* y demás disposiciones mercantiles en cuanto a la libertad de comercio, la *Ley Federal del Trabajo* en materia laboral, etcétera.

En lo tocante al derecho a la libertad de asociación existe un gran número de leyes federales sobre el tema, por ejemplo, la *Ley General de Sociedades Mercantiles y* demás disposiciones legales que regulan la creación de entidades dedicadas a alguna actividad comercial, financiera, etcétera.

La *Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales,* que regula las asociaciones de carácter político denominadas *partidos.*

La *Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público,* cuyo nombre denota su relevancia en este tema; la *Ley Federal del Trabajo,* por lo que se refiere a las asociaciones llamadas *sindicatos,* tanto de trabajadores como de patrones, por mencionar solamente algunas.

Respecto de las garantías de seguridad jurídica en materia procesal, todas las disposiciones de carácter adjetivo contenidas en las leyes federales son relevantes para este tema. Especial mención merece la *Ley General de Víctimas,* pues en ella se desarrollan derechos de las víctimas del delito y de violaciones de derechos humanos en el proceso penal, así como el derecho a una reparación integral.

En materia de derecho de propiedad y asuntos agrarios contamos, desde luego, con la *Ley de Expropiación* y con la *Ley Agraria,* ambas expedidas por el Congreso de la Unión y reglamentarias de disposiciones constitucionales relevantes en el tema de derechos fundamentales.

Por lo que se refiere al derecho a la libre concurrencia y demás aspectos que regula el artículo 28 constitucional, existen disposiciones federales como la *Ley Federal de Competencia Económica,* la *Ley de la Propiedad Industrial,* la *Ley Federal del Derecho de Autor* y la *Ley Federal de Protección al Consumidor.*

La *Ley de Nacionalidad* es reglamentaria de los artículos conducentes de la Constitución en materia del derecho fundamental de tener una nacionalidad.

La ya mencionada *Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales* reglamenta los dispositivos constitucionales relativos a los derechos humanos de carácter político, como el derecho a votar y a ser votado.

Finalmente, en cuanto a las garantías de los derechos humanos propiamente dichas, la *Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, la *Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral*, que explicita el artículo 41 constitucional, y la *Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, que emana del apartado B del artículo 102 constitucional, son leyes que expidió el Congreso de la Unión, de gran importancia en el estudio del derecho mexicano de los derechos humanos.

Desde luego, es apropiado mencionar que, como parte integrante del marco legal mexicano sobre derechos humanos, tenemos las disposiciones reglamentarias de leyes federales que expide el presidente de la República, en la medida en que se refieran a alguna de las materias mencionadas.

Derechos humanos en tratados internacionales de los que México es parte

Además de las leyes del Congreso de la Unión, el artículo 133 coloca los tratados internacionales que suscribe México y que ratifica el Senado de la República como ordenamientos que forman parte integrante de la ley suprema de la Unión. En el capítulo posterior explicaremos de manera pormenorizada la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 y la influencia que ha tenido en cuanto al nivel jerárquico de las normas sobre derechos humanos contenidas en los tratados de los que México es parte.

Cabe aclarar que en este apartado no nos referiremos, más que tangencialmente, al importante número de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que no constituyen tratados, sino que son instrumentos declarativos que, por definición, no son obligatorios *stricto sensu*, pero cuya fuerza "moral" en algunos casos ha sido reconocida por la comunidad internacional, a tal grado que se les considera integrantes de los principios generales de derecho consuetudinario internacional, con fuerza vinculante para los integrantes de la comunidad internacional. Es de importancia fundamental mencionar la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, de 1948. Respecto de este documento recordemos otra vez las reflexiones de Gros Espiell:

Lo que en el momento de la adopción de la Declaración fue el resultado de la voluntad de 48 Estados, no habiéndose recogido en la votación ningún voto en contra, pero sí ocho abstenciones que eran la consecuencia de muy importantes reservas y salvedades expuestas en el proceso de la elaboración de la declaración, *se acepta actualmente, sin reticencias ni reservas teóricas, por todos los Estados que integran la Comunidad Internacional*. Además de muchas otras resoluciones de las Naciones Unidas que afirman esta obligatoriedad debe recordarse la Proclamación de Teherán, adoptada en 1968, sin ninguna oposición por más de 120 Estados, cuyo párrafo 2 "declara solemnemente obligatoria para la *Comunidad Internacional la Declaración Universal de Derechos Humanos*".[6]

Clasificación de los tratados sobre derechos humanos

México ha suscrito diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos, que ha ratificado el Senado. Entre ellos encontramos tratados universales y regionales, así como generales y especiales, que forman parte del cuerpo general del derecho internacional convencional de derechos humanos.

Tratados universales contra regionales

Llamamos *tratados universales* a los que están abiertos a firma a todos los Estados de la comunidad internacional; los *regionales*, por contrapartida, son los que están abiertos a firma a Estados localizados en determinada región y que administran organizaciones internacionales regionales, como la Organización de Estados Americanos, a la que pertenece México, el Consejo de Europa o la Unión Europea, por ejemplo.

Tratados generales contra especiales

Son *generales* los tratados internacionales que tienen por objeto el compromiso de los Estados parte de respetar los derechos humanos; en su clausulado listan derechos considerados inherentes a la persona, mientras que en los *especiales* las partes se comprometen a respetar y hacer efectivo algún derecho humano en particular, a los que llamaremos *tratados especiales en cuanto al derecho protegido*. Los tratados especiales buscan proteger los derechos humanos de algún grupo humano en especial, como las mujeres, los indígenas o las personas con discapacidad, a los que llamaremos *tratados especiales en cuanto al grupo humano protegido*.

[6] Héctor Gros Espiell, "Los derechos humanos y el derecho internacional, 1968-1977", en *Jurídica,* 10-II, UTA, México, 1978, p. 156. Sobre la obligatoriedad o no obligatoriedad de la *Declaración,* véase Jorge Castañeda, "Valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas", en *Obras completas*, t. I, Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos, Secretaría de Relaciones Exteriores, El Colegio de México, México, 1995, pp. 494 y ss. También Antonio Cassese, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo,* Ariel, Barcelona, 1991, pp. 31 y siguientes.

Tratados a la vez universales y generales

Así, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC) son universales y generales en tanto fueron abiertos a firma a todos los integrantes de la comunidad internacional (artículos 48 del PIDCP y 26 del PIDESC); establecen el compromiso de las partes de respetar la amplia gama de derechos por ellos consagrados.

Tratados a la vez regionales y generales

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, conocida como *Pacto de San José*, se caracteriza por ser general, debido a que abarca la gama de derechos civiles y políticos, y es una referencia general para los derechos económicos, sociales y culturales, pero está abierta a firma solamente para los integrantes de la Organización de Estados Americanos (artículo 74); es un tratado de carácter regional.

Tratados a la vez universales y especiales

México también ha ratificado diversos tratados universales pero especiales, en tanto fueron abiertos a firma para todos los Estados de la comunidad internacional y tienen por objeto proteger algún derecho humano en particular:

- *Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud*, adoptada por resolución de la Conferencia de Plenipotenciarios del Ecosoc el 30 de abril de 1956, redactada en Ginebra el 7 de septiembre del mismo año y ratificada por México en 1959.
- *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 30 de noviembre de 1973, ratificada por México en 1980.
- *Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes*, adoptada por la ONU el 10 de diciembre de 1985 y ratificada por México en 1987.
- *Convenio* (núm. 105) *relativo a la abolición del trabajo forzoso*, adoptado el 25 de junio de 1957 por la Conferencia General de la OIT y ratificado por México en 1959.
- *Convenio* (núm. 111) *relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*, adoptado por la Conferencia General de la OIT el 25 de junio de 1958 y ratificado por México en 1961.

- *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 2 de diciembre de 1949 y ratificado por México en 1956.
- *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1984 y ratificada por México en 1986.
- *Convenio* (núm. 169) *sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, adoptado por la Conferencia General de la OIT el 27 de junio de 1989 y ratificado por México en 1990.
- *Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 7 de noviembre de 1962 y ratificada por México en 1983.
- *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 9 de diciembre de 1948 y ratificada por México en 1952.
- *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Eliminación Racial*, adoptada el 21 de diciembre de 1965 y ratificada por México en 1975.
- *Convenio* (núm. 100) *relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*, adoptado el 29 de junio de 1951 por la Conferencia General de la OIT y ratificado por México en 1952.
- *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por México en 1981.
- *Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1952 y ratificada por México en 1981.
- *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por México en 1990.
- *Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada*, abierta a firma por la Asamblea General de la ONU el 29 de enero de 1957 y ratificada por México en 1979.

- *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, aprobada por la ONU el 18 de diciembre de 1990, y ratificada por México en 1998.
- *Convenio* (núm. 182) *sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la acción inmediata para su eliminación*, adoptado el 17 de junio de 1999 y ratificado por México en 2000.
- *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*, adoptada y abierta a firma por la Asamblea General de la ONU el 26 de noviembre de 1968 y ratificada por México en 2002.
- *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, adoptado en 1998 y que entró en vigor el 1 de julio de 2002, del que México es parte a partir del 21 de junio de 2005.
- *Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada el 18 de diciembre de 2002, y de la que México es parte desde el 30 de marzo de 2005.
- *Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, adoptada el 20 de diciembre de 2006, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010.

Tratados a la vez regionales y especiales

Los tratados de los que México puede ser parte por ser miembro de la OEA son, por tanto, de carácter *regional*; sin embargo, son *especiales* en tanto versan sobre algún derecho humano en particular o protegen a algún grupo humano en especial. Son los siguientes:

- *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 por la Asamblea General de la OEA y ratificada por México en 1986.
- *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.
- *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994 y ratificada por México en 1998.
- *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, adoptada en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el 6 de julio de 1999.

Los derechos humanos en las leyes expedidas por las legislaturas locales

El artículo 133 de la Carta Magna hace referencia a las constituciones y leyes de las entidades federativas. En efecto, de acuerdo con el precepto 116 constitucional, "Los poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos..."

Por otro lado, el artículo 121, fracción I, establece: "Las leyes de una entidad federativa sólo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él."

Cabe mencionar lo que dispone el artículo 124: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias."

Por su parte, el artículo 122 se refiere al régimen aplicable a la Ciudad de México, con su respectiva Legislatura.

Mientras se escribía este texto, se reformó la Constitución General de la República con objeto de convertir al Distrito Federal en una entidad federativa adicional, con el nombre de Ciudad de México. Contará con su propia Constitución, que suplirá al actual Estatuto de gobierno, y la Asamblea Legislativa dejará su lugar a un Congreso local. La Constitución de la Ciudad de México, con toda seguridad, incluirá una amplia gama de derechos humanos.

Las constituciones locales normalmente hacen una declaración general en el sentido de que los habitantes del estado gozarán de los derechos y las garantías consignadas en la Constitución federal, salvo, por ejemplo, las de Tabasco y Puebla, que omiten hacer esa mención, o la de Durango, que además de hacer una referencia general a la Constitución federal, indica las que "además" establece su Constitución. Un sistema similar al de Durango siguen las de Chihuahua y Michoacán. La Carta Magna oaxaqueña, por su parte, no se refiere a la declaración de derechos de la Constitución federal, pero hace la suya propia.

Amén de las disposiciones en materia de derechos humanos de las constituciones locales, las legislaturas de los estados tienen facultades para expedir leyes sobre diversas materias que inciden en el tema que estamos tratando.

Por ejemplo, en materia civil, los códigos de la República se refieren a asuntos directamente relacionados con los derechos humanos, como la personalidad, el patrimonio

y el derecho de propiedad, el matrimonio y la igualdad de derechos entre el varón y la mujer, solo por mencionar algunos.

Del mismo modo, en materia penal, los códigos correspondientes tipifican conductas delictivas tendentes a la protección de derechos fundamentales, como el de la vida y la integridad corporal, la propiedad, la honra, etcétera.

En materia de derecho procesal, las legislaturas locales expiden códigos en materia civil. En materia procesal penal existe un código único, pero que debe ser aplicado por cada judicatura local dentro del ámbito de sus respectivas competencias, cuyas normas son fundamentales para asegurar el goce de los derechos básicos del procesado, a fin de instrumentar adecuadamente los derechos de audiencia y legalidad, que en general aseguran que en el sistema jurídico se imparta justicia de manera pronta, expedita e imparcial. Cada legislatura local debe, además, expedir las normas orgánicas de las comisiones estatales de derechos humanos.

La materia relativa a las faltas de policía y buen gobierno tiene relevancia directa en el área de protección efectiva de los derechos humanos. También tienen incidencia sobre el tema de los derechos humanos, particularmente en cuanto a la libertad de tránsito, los reglamentos que las legislaturas locales pueden expedir en esta materia, así como en materia de servicios de transporte urbano. Respecto del derecho a la vivienda, a la propiedad y sus límites, lo tienen las normas que regulan el desarrollo urbano, las construcciones, el uso de suelo, etcétera.

Sobre el derecho a la salud, las disposiciones de las legislaturas locales en materia de limpia, cementerios, salubridad, etc., forman parte del orden jurídico mexicano en materia de derechos humanos.

En relación con la libertad de expresión, asociación y reunión, las disposiciones en materia de espectáculos públicos son relevantes en la conformación del orden jurídico en esta materia. Lo mismo sucede respecto de la libertad de comercio y de las normas que regulan los establecimientos mercantiles. En lo tocante a los derechos sociales y culturales, las legislaturas locales pueden emitir normas sobre fomento cultural, cívico, deportivo y educativo, lo que incide en la materia que estamos tratando.

Al igual que en el caso de las disposiciones que emite la legislatura federal, las leyes locales pueden ser objeto de reglamentación; por tanto, las normas generales de este tipo se incorporan al marco legal en materia de derechos humanos cuando reglamentan disposiciones legales que se refieren a esta materia.

Autoevaluación

1. ¿Es posible decir que todas las normas sobre derechos humanos contenidas en la Constitución mexicana se encuentran en el primer capítulo de la misma? Explique las razones de su respuesta.
2. ¿Por qué a algunos tratados internacionales sobre derechos humanos se les puede calificar como "generales" y a otros como "especiales"? Justifique su respuesta.
3. Explique por qué en México existen leyes que se refieren a los derechos humanos que son, en unos casos, expedidas por el Congreso de la Unión y, en otros, por las legislaturas de los estados.
4. Elija cinco constituciones de estados de la República Mexicana y localice las normas contenidas en ellas que se refieran a derechos humanos.

5 capítulo

Jerarquía de las normas sobre derechos humanos. Aspectos generales

Propósitos

Al finalizar este capítulo, el lector será capaz de:

- Tener conocimientos generales del nivel jerárquico de los tratados internacionales sobre derechos humanos en los diversos sistemas jurídicos americanos.
- Comprender el sistema mexicano, antes y después de la reforma del 10 de junio de 2011, respecto del nivel jerárquico de los tratados internacionales en general.
- Entender la triplicidad de estratos de aplicación de las leyes, distinguiendo los ordenamientos de aplicación nacional de los de aplicación federal y local.
- Explicar las implicaciones jurídicas y prácticas de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en virtud de la contradicción de tesis 293/2011.

Una vez analizado el marco legal mexicano sobre derechos humanos, es necesario revisar el sistema jerárquico de las normas que lo conforman, a la luz de las respectivas disposiciones constitucionales y del derecho internacional. Mucho se ha escrito sobre este tema en general, aun recientemente, sobre todo en razón de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011.

Los efectos que deben analizarse en relación con la jerarquía de las normas en un sistema jurídico son, principalmente, los que inciden sobre el ámbito temporal de validez de las normas, es decir, los que derivan en la posibilidad de que una regla posterior derogue la vigencia de una anterior o no. Una norma de igual o mayor jerarquía deroga a otra anterior que verse sobre el mismo asunto y tenga vigencia en el mismo ámbito espacial. Una regla de menor jerarquía que otra, que contradiga lo que prevé la de mayor jerarquía, no solo no derogaría a la norma anterior, sino que no podría tener vigencia, en la medida en que su validez dependería de la de mayor jerarquía.

Esto presenta problemas de importancia particular a la luz de los principios del *jus cogens* internacional, ya que, como se sabe, la marcada tendencia actual favorece las normas internacionales de orden público frente a las normas de derecho nacional;

por ello se presenta la necesidad de revisar el concepto de *soberanía de los Estados* en el ámbito internacional.

En la misma línea, el hecho de que cada vez se tienda con mayor claridad a considerar inaceptables las reservas sobre tratados en materia de derechos humanos genera el problema de la utilización de ese recurso por parte de los Estados para salvaguardar su derecho interno frente a posibles incompatibilidades de algún tratado internacional. Si la consecuencia jurídica de una reserva contraria a una norma perentoria de derecho internacional general provoca la nulidad de la misma, entonces esta situación puede desembocar en un enfrentamiento entre derecho interno y derecho internacional, cuando la legislación local adopte un sistema de jerarquización de normas de carácter nacionalista.

Como es sabido, las legislaciones locales se clasifican, para efectos del nivel jerárquico que tienen los tratados internacionales en el derecho interno, en *monistas internacionalistas*, *monistas nacionalistas* y *dualistas*.[1]

- La corriente nacionalista coloca a los tratados internacionales en un nivel jerárquico inferior a la legislación local; por tanto, en caso de incompatibilidad entre las disposiciones de un tratado y la legislación local, prevalece esta última.
- La corriente internacionalista coloca a los tratados internacionales en un nivel jerárquico superior a la legislación local; por ello, en caso de incompatibilidad prevalece el tratado internacional.
- La corriente dualista distingue los regímenes jurídicos y ámbitos de aplicación de los tratados internacionales de las leyes locales, lo que da como resultado que se tengan, conceptualmente, dos órdenes jurídicos separados. El régimen del derecho interno regula las relaciones jurídicas y sus consecuencias locales, y los tratados internacionales regulan los compromisos entre el Estado correspondiente con las contrapartes del tratado, sin que el mismo tenga efectos en el derecho local. En palabras de Hersch Lauterpacht:

> De acuerdo con el enfoque dualista, el derecho internacional y municipal se distinguen tan radicalmente en materia de los sujetos del derecho, sus fuentes y su substancia, que una norma de derecho internacional nunca puede *per se* convertirse en parte del derecho nacional; debe convertirse por virtud de un acto de autoridad expreso o tácito del Estado. Así concebida, la óptica dualista es una mera manifestación de la actitud positivista tradicional.[2]

[1] Terminología que usa Carlos Arellano García en su obra *Primer curso de derecho internacional público*, 4a. ed., Porrúa, México, 1999. César Sepúlveda utiliza los términos *teoría monista interna* y *teoría monista internacional*, cap. 5, inc. a), de su obra *Derecho Internacional*, 5a. ed., Porrúa, México, 1973, pp. 67 y 68.

[2] Hersch Lauterpacht, citado por John Dugard, *International Law. A South African Perspective*, Juta & Company, Kenwyn, 1994, p. 36.

En los países en donde se sostiene esta corriente, para que el tratado surta sus efectos en el ámbito local se requiere que los órganos legislativos locales expidan "leyes" que reflejen los compromisos internacionales asumidos conforme al tratado y los hagan operativos en el ámbito nacional. A este tipo de leyes se les conoce como *legislación instrumentante*.[3] Esto es necesario, ya que en estos sistemas "La aprobación de un tratado por el Parlamento no es considerada *per se* suficiente para incorporarlo a su derecho domestico; aun cuando los términos del tratado podrían justificar su operación como 'autoaplicativos', si afecta cuestiones legislativas, los parlamentos tendrán que emitir legislación separada para tal efecto".[4]

Estas corrientes influyen de manera determinante los requisitos que el derecho local establece para efectos de que un Estado celebre tratados internacionales y para que estos formen parte del derecho interno. Lo anterior puede suceder, ya sea al expedir leyes autónomas o, simplemente, al incorporar al tratado internacional el derecho local. Cabe hacer notar que, desde luego, "hay... una gran variedad de métodos utilizados para dar efecto a los tratados; y los métodos usados difieren dentro del mismo Estado, dependiendo de la naturaleza y los términos del tratado, y a veces también en la elección del Estado respecto de la manera de instrumentarlo".[5] Así, habrá regímenes que permitan celebrar tratados con la firma de quien tenga poderes plenos para el efecto, sin necesidad de ratificación por el órgano legislativo; habrá países cuyas constituciones exijan la ratificación del órgano legislativo para considerarse vinculados al tratado, y habrá diferentes requisitos de votación que se deberán cumplir para la aprobación respectiva por parte del órgano legislativo.

Como veremos en seguida, normalmente, cuanta mayor jerarquía se les reconozca a los tratados internacionales en el orden jurídico local, mayores serán los requisitos de carácter formal que exigen las constituciones respectivas.

Dependiendo de la corriente que adopte un sistema jurídico, las consecuencias de lo que se explica en los párrafos precedentes serán determinantes, pues en los regímenes nacionalistas no se aceptará ninguna norma internacional como jerárquicamente superior a las internas; por tanto, el resultado es el posible enfrentamiento entre las normas perentorias de derecho internacional y las de derecho interno. Los regímenes internacionalistas no presentan este problema, pero en los dualistas puede presentarse una dicotomía, en tanto un acto puede ser reconocido por el Estado parte como un tratado violatorio del tratado, puede no ser considerado ilegal en el ámbito local.

[3] El término utilizado en inglés es *implementing legislation*.

[4] Giuseppe Sperduti, "Dualism and Monism: A Confrontation to be Overcome", en *Estudios de derecho internacional: homenaje al profesor Miaja de la Muela*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1979, p. 473.

[5] Francis G. Jacobs, *The Effect of Treaties in Domestic Law*, United Kingdom National Committee of Comparative Law, vol. 7, Sweet & Maxwell, Londres, 1987; Introducción, p. xxvi. La traducción del inglés es nuestra.

En los países favorecedores de las corrientes dualistas las disposiciones de un tratado no pueden ser invocadas por los individuos ante los tribunales, ya que los tratados no constituyen fuente de derecho, a menos que sean transformados en régimen interno por una legislación instrumental. Asimismo, dependiendo de la postura adoptada, las consecuencias respecto de la vigencia de las disposiciones correspondientes se verán directamente afectadas, pues en los países en donde los tratados tienen supremacía, estos no pueden ser derogados por disposiciones posteriores de menor jerarquía, mientras que esto sí puede suceder en los países que adoptan posiciones nacionalistas.

Aspectos comparativos en América

Resulta ilustrativo echar un breve vistazo a algunos ejemplos de regímenes jurídicos de países de nuestro hemisferio, para finalmente analizar el caso de México.[6]

Entre las constituciones que colocan los tratados sobre derechos humanos en un nivel jerárquico superior a la propia Constitución tenemos las que se detallan en seguida.

Tratados de derechos humanos en el nivel supraconstitucional

La Constitución colombiana ubica, de algún modo, los tratados de derechos humanos en un nivel supranacional, en la medida en que las disposiciones constitucionales sobre derechos humanos deben interpretarse de acuerdo con las de los tratados en materia de derechos humanos, como se puede apreciar en las citas siguientes:

> **Artículo 93.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.
>
> Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Debemos destacar de este texto el hecho de que las disposiciones constitucionales sobre derechos humanos deben interpretarse de acuerdo con los instrumentos internacionales acerca de la materia, lo que, sin significar una sumisión definitiva respecto de los tratados, implica cierto nivel jerárquico superior de los tratados sobre

[6] Para estos efectos nos basaremos en los documentos básicos que los Estados parte en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* presentan ante el Comité de Derechos Humanos, en cumplimiento de sus deberes de presentar informes ante este Comité, de acuerdo con el Pacto mencionado. Véase, sobre este tema, el estudio de Carlos M. Ayala Corao, "La jerarquía de los tratados de derechos humanos", en Juan E. Méndez y Francisco Cox (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998, p. 137.

la Constitución, en la medida en que esta debe ser interpretada en congruencia con aquellos.

Un caso similar es el de la Constitución peruana, de 1993, que contiene las siguientes disposiciones sobre este tema:

> Según la Constitución Política del Perú de 1993, los tratados que celebra el Estado peruano forman parte del derecho nacional. En la cuarta disposición transitoria se establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú... Para que los tratados surtan sus efectos legales, éstos deben ser ratificados por el Presidente de la República. Sin embargo, cuando los tratados versen sobre determinadas materias, antes de que puedan ser ratificados por el Presidente deben ser aprobados por el Congreso... **161**. Las materias en que los tratados deben ser previamente aprobados por el Congreso, son las siguientes: a) derechos humanos... Asimismo, establece la Constitución que deben ser aprobados por el Congreso, antes de su ratificación por el Presidente de la República, los tratados que... exigen modificación o derogación de alguna ley y, además, los que requieren medidas legislativas para su ejecución... Cuando el tratado afecta disposiciones constitucionales, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma de la Constitución, antes de que pueda ser ratificado por el Presidente. Este procedimiento se encuentra regulado por el artículo 206 de la Constitución... En cuanto a la denuncia de los tratados, ésta es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia también requiere la aprobación previa de éste.[7]

Como se aprecia, la Constitución peruana de 1993 tiene semejanza con la colombiana, pues las disposiciones sobre derechos humanos deben interpretarse conforme al derecho internacional de los derechos humanos. Esto lo refuerza el hecho de que "Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución..." (artículo 57).

En esta misma categoría encontramos a la Constitución ecuatoriana, pues establece en su artículo 424: "La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público." Como vemos, esta fórmula, parecida a la colombiana, da preeminencia a los tratados si estos brindan una mayor protección a la persona. Es decir, el principio pro persona es el que prevalece.

[7] Documento obtenido de la página de internet (http://www.unhchr.ch/doc.nsf/(Symbol)/361d4389663b444e41256325005210e3?opendocument) del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: HRI/CORE/1/Add.43/Rev.1, 27 de junio de 1995; original: español. Documento básico que forma parte integrante de los informes de los Estados partes, Perú, 24 de octubre de 1994, párrafos 159 y siguientes.

El caso boliviano es similar, pues la Constitución de Bolivia establece en su artículo 401, fracción II: "El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario ratificados por el país", pero en el artículo 256 aclara que cuando los tratados "declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta".

Como nos ilustra Pablo Manili, en ocasiones la jurisprudencia puede tener un efecto benéfico en la interpretación de una norma constitucional, como en ocasiones puede tener un efecto perjudicial, como se verá adelante en los casos guatemalteco y venezolano. Un ejemplo en los que la jurisprudencia, en una interpretación progresista, colocó los tratados sobre derechos humanos en un plano superior a la Constitución, es el de Costa Rica:

> En Costa Rica la norma que se refiere a los derechos humanos no es una norma muy grandilocuente, no habla de jerarquía, como en el caso de México; no habla de una mayoría especial para ratificar tratados como el caso de Brasil, y no habla de prevalencia sobre el orden interno, simplemente en la parte referida al *hábeas corpus* y sólo en materia de *hábeas corpus*, o sea algo muy pequeño dentro del universo de derechos que la Constitución protege, cuyo artículo 48 indica:
>
> Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República...
>
> En un fallo de 1995 se completa esta idea y se dice que en la medida en que los tratados otorguen mayores derechos o garantías a las personas priman sobre la Constitución. Es decir, con una fórmula constitucional del segundo escalón, débil, de fuente colateral, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia indicó que los tratados de derechos humanos tendrán jerarquía superior a la Constitución, siempre y cuando brinden una protección más amplia. Éste es el principio *pro homine* o pro persona. Es de notarse que no hace falta tener una fórmula constitucional muy robusta para que la jurisprudencia sea fuerte.[8]

Tratados de derechos humanos en el nivel constitucional

La Constitución argentina coloca los tratados sobre derechos humanos en el nivel constitucional, ya que los incorpora mediante una lista al texto de la Carta Magna.

En efecto, el texto constitucional vigente desde el 24 de agosto de 1994, en su artículo 75, inciso 22, dispone que:

[8] Pablo Luis Manili, "El tiempo de los derechos; la tendencia internacional y la experiencia argentina", en *Memoria del seminario internacional: Derechos humanos, jerarquía normativa y obligaciones del Estado*, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, México, 2014, pp. 32 y 33.

> Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.
>
> La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara.
>
> Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional.[9]

Como señalamos, la Constitución peruana (artículo 57) establece que "Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República". Algo muy similar sucede con la Carta Magna hondureña, la cual determina: "Cuando un tratado internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el procedimiento que rige la reforma de la Constitución… antes de ser ratificado el Tratado por el Poder Ejecutivo" (artículo 17), aunque, a diferencia de las constituciones colombiana y peruana, no se indica que las disposiciones constitucionales deban interpretarse conforme al derecho internacional.

El sistema hondureño, entonces, en cierto sentido coloca a los tratados en el nivel constitucional, en la medida en que "pareciera operar en la práctica una reforma de la Constitución por vía de un tratado internacional, que adquiere el carácter de una 'ley constitucional' capaz de modificar el Texto Fundamental".[10] Sin embargo, también podría decirse, justificadamente, que estos regímenes colocan a los tratados internacionales en un nivel inferior a la Carta Magna, ya que, según palabras de Ayala: "En caso de no efectuarse la aprobación del tratado por el procedimiento de reforma constitucional, el mismo resultaría inconstitucional."[11] Destaca el artículo 18 de la

[9] Documento obtenido de la página de internet (http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/ecba317323a85fa0c12563a3004f5f4d?Opendocument) del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: HRI/CORE/1/Add.74, 1o. de julio de 1996; original: español. Documento básico que forma parte integrante de los informes de los Estados partes, Argentina, 22 de mayo de 1996, párrafo 44.

[10] Carlos Ayala Corao, *op. cit.*, p. 142.

[11] *Idem*.

Constitución, que establece: "En caso de conflicto entre el tratado o convención y la Ley, prevalecerá el primero."

La Constitución de Chile, en su artículo 5º establece que "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". No obstante que este precepto no establece de manera explícita el rango de los tratados respecto de la Constitución, según Pablo Luis Manili,[12] "los derechos humanos provenientes de los tratados internacionales van a entrar al sistema constitucional para completarlo".

Como se vio en el apartado anterior, la jurisprudencia puede tener un efecto benéfico al hacer una interpretación progresista de un texto constitucional que aparentemente dice poco. Tal es el caso dominicano. De nuevo nos auxiliaremos de los conocimientos de Pablo Luis Manili:

> Con una fórmula constitucional que sólo estipula la protección de los derechos humanos como finalidad del Estado, su Suprema Corte se animó a reconocer un bloque de constitucionalidad en el país, y dentro de ese bloque de constitucionalidad, la convivencia de la Constitución, la jurisprudencia constitucional, los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH. Señala a ese bloque de constitucionalidad como una fuente primaria y superior de derecho, y lo considera un parámetro para juzgar la constitucionalidad o no de las normas inferiores que se sancionen por el resto de los poderes políticos.[13]

Tratados de derechos humanos en el nivel intermedio entre la Constitución y las leyes ordinarias

La Constitución de Guatemala es un caso especial, pues de la lectura a primera vista de su artículo 46 parecería que su postura es la de colocar los tratados internacionales por encima de la propia Constitución, pues establece la preeminencia del derecho internacional y señala "el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno". En este texto, al utilizar el término *derecho interno* sin distinción alguna, parecería que se incluye todo el derecho interno, comprendido el constitucional. Además, como señala Ayala Corao:

> El origen de esta norma se debe al impacto de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, en la cual la Corte estableció que un país no puede, aunque su Constitución se lo permita [como era el caso de Guatemala], aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna.

[12] Pablo Luis Manili, *op. cit.*, p. 24.

[13] *Ibidem*, p. 33.

Sin embargo, la Corte Constitucional guatemalteca dio al traste con tal posibilidad. En palabras de Manili:

> Lo primero que puede preguntarse es: ¿sobre todo el derecho interno, incluida la Constitución, o sólo sobre el derecho infraconstitucional? Con esto, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala tenía a mano una herramienta muy fuerte para decidir si los tratados invocados tenían jerarquía sobre la Constitución o solamente sobre las leyes. Lamentablemente, la Corte de Constitucionalidad, en una sentencia de 996, optó por la más tenue y dijo: "Los tratados y convenciones de derechos humanos son fuente de derechos, pero en caso de un eventual conflicto entre normas ordinarias y tratados, los tratados no son parámetros de constitucionalidad."
>
> Llama la atención cómo una fórmula constitucional bien redactada en la que los tratados de derechos humanos adquirieron preeminencia sobre el derecho interno, fue totalmente anulada por una interpretación jurisprudencial mezquina, porque no sólo puso los tratados de derechos humanos por debajo de la Constitución, sino que además no les reconoce el carácter de pauta para ejercer el control de constitucionalidad. ¿Para qué otorgarles jerarquía si en uso de esa jerarquía no se puede inaplicar o anular una ley? Pasan a igualdad de rango con las leyes. ¿Cuál es el sentido? Una ley posterior podrá entonces derogar un tratado de derechos humanos porque éste es anterior. En el caso de Guatemala se muestra claramente lo importante que resulta la interpretación jurisprudencial de las reformas constitucionales, porque una fórmula sana y avanzada de la Constitución guatemalteca se ve frustrada por una interpretación anticuada por parte de la Corte de Constitucionalidad.[14]

Exactamente el mismo caso se dio en Venezuela, en donde a primera vista su sistema debiera colocarse, como el colombiano o el ecuatoriano, en el que los tratados debieran prevalecer, incluso sobre la constitución, con base en el principio *pro persona*, pues el artículo 23 prevé:

> Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Sin embargo, su más alto tribunal, como el guatemalteco, dio al traste con tal posibilidad. Veamos lo que opina en este sentido Manili:

> Esa Sala Constitucional, en una sentencia del año 2000 –un año después de la reforma–, dijo en tono admonitorio: "en Venezuela ya muchos están creyendo... que hay una supraconstitucionalidad... No hay tal: la Sala Constitucional ha decidido que esos tratados son aplicables por mandato de la Constitución... No puede ser supraconstitucional, sino constitucional, porque la misma Constitución lo ordena cuando haya principios más favorables". Remata: "...pero en caso de que haya un antinomia o colisión con el dispositivo de la Constitución, deberá sin ningún género de duda, primar la Constitución..." Es

[14] *Ibidem*, pp. 25 y 26.

un caso similar al visto en Guatemala: la interpretación de la Sala Constitucional destruye la norma del texto constitucional.

La Constitución venezolana decía que en la medida en que el pacto dé una protección más amplia tendría la misma jerarquía que la Constitución; y como se va a preferir la protección más amplia, en realidad la norma del tratado iba a estar por encima de la Constitución. Pero la Sala Constitucional dijo lo contrario: en caso de divergencia, primará la Constitución. Así está Venezuela frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuestionada permanentemente y al borde de retirarse de él.

Según indicamos anteriormente, el caso de la Constitución hondureña puede integrarse a este grupo, pero entre las constituciones que colocan los tratados internacionales en un nivel intermedio entre la Carta Magna y las leyes ordinarias tenemos las siguientes:

En El Salvador: "Los tratados tienen una jerarquía superior a las leyes secundarias, sean éstas anteriores o posteriores a la vigencia del tratado. De esta manera, mediante el tratado puede derogarse la ley secundaria anterior, pero ninguna legislación secundaria puede derogar o modificar las disposiciones de un tratado."[15] Aunque los tratados no poseen una jerarquía superior a la Constitución, en virtud de lo que prevé su ley fundamental: "Artículo 145. No se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones del tratado sobre las cuales se hagan las reservas no son ley de la República."

En cuanto a los requisitos formales para celebrar tratados en El Salvador: "La facultad de ratificar los tratados internacionales corresponde a la Asamblea Legislativa y la celebración de aquéllos al órgano ejecutivo, el cual es presidido por el Presidente de la República. La Asamblea puede denegar la ratificación o ratificar el instrumento con reservas por considerar inconstitucionales o inconvenientes las partes objetadas."[16]

La Constitución paraguaya está en una situación similar, pues en su artículo 137 expresa: "La Ley Suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado."

Asimismo, el artículo 141 de la misma Carta Fundamental señala: "Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por Ley del Congreso, y cuyos

[15] Documento obtenido de la página de internet (http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/5c89bbbe74f1345cc125696c00369856?Opendocument) del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: HRI/CORE/1/Add.34/Rev.1; 5 de agosto de 1996; español; original: inglés. Documento básico que forma parte integrante de los informes de los Estados partes, El Salvador, 26 de mayo de 1995, párrafo 140.

[16] *Ibidem*, párrafo 85.

instrumentos de ratificación fueron canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determine el Artículo 137."

La Constitución *admite* la existencia de un orden jurídico supranacional, así en su artículo 145 prescribe:

> La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.
>
> Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.[17]

Tratados de derechos humanos en el nivel de las leyes ordinarias

Como ejemplo de constituciones que ubican los tratados internacionales en un nivel jerárquico inferior a la Carta Magna, pero en un plano de igualdad ante las leyes nacionales, tenemos el caso estadounidense:

> Como asunto de derecho interno, tanto los tratados como las leyes deben ajustarse a los requisitos de la Constitución; ninguna disposición de un tratado entrará en vigor como derecho de los Estados Unidos si contradice la Constitución. Reid v. Covert, 354 U. S. 1 (1957). Por ello, los Estados Unidos no pueden aceptar ninguna obligación impuesta por un tratado que limite derechos constitucionalmente protegidos... En virtud de la Constitución, los tratados debidamente ratificados son las leyes supremas del país, en pie de igualdad con las leyes federales promulgadas. En consecuencia, sustituyen a las leyes federales anteriormente aprobadas y pueden ser sustituidos a su vez por leyes federales aprobadas después, en la medida en que exista cualquier incompatibilidad. Como derecho federal, prevalecen también sobre las leyes estatales y locales incompatibles. Cuando afectan a cuestiones que anteriormente eran de la competencia de los gobiernos estatales y locales (en contraposición al Gobierno federal), pueden servir también para "federalizar" el asunto, lo que afecta a la asignación de facultades entre los Estados y el Gobierno central. Históricamente, la posibilidad de que la facultad constitucional de concertar tratados pudiera utilizarse para anular o invalidar leyes estatales y locales dio lugar a controversias políticas internas considerables, especialmente cuando resultaban afectados derechos individuales. Aunque se ha reconocido que el Congreso puede actuar en virtud de facultades concedidas por tratados cuando quizá, de otro modo, no las tendría [véase Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920)], la utilización de esas facultades para modificar las leyes estatales y locales ha sido considerada por algunos como una injerencia en los derechos que la Constitución reserva a los Estados constituyentes. En consecuencia, se espera que toda modificación de las leyes de los Estados exigida por la ratificación de tratados se realice por el proceso legislativo ordinario. En consecuencia, al dar su consejo y aprobación a la ratificación de un tratado que afecte a los derechos de las personas, el

[17] Documento obtenido de la página de internet (http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/ (Symbol)/d224f73571525a3d802565380053046?Opendocument) del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: HRVCORE/1/Add.24, 11; de mayo de 1993; original: español. Documento básico que forma parte integrante de los informes de los Estados partes, Paraguay, 10 de marzo de 1993, párrafos 164 a 166.

> Congreso debe considerar detenidamente las disposiciones específicas de ese tratado y su compatibilidad con las leyes estatales y federales vigentes, tanto constitucionales como ordinarias. Cuando haya elementos o cláusulas de un tratado que contradigan la Constitución, será necesario que los Estados Unidos formulen reservas a esos elementos o cláusulas, simplemente porque ni el Presidente ni el Congreso tienen facultades para anular la Constitución. En algunos casos se ha considerado necesario que los Estados Unidos manifestasen su interpretación de alguna disposición o compromiso de un tratado, o que formularan una declaración de la forma en que tenían la intención de aplicar esa disposición o compromiso.[18]

La Constitución estadounidense es, en determinado sentido, dualista, como veremos en seguida.

Sistemas dualistas

Como ejemplos de constituciones dualistas, en las que la celebración de los tratados no implica que estos formen parte del derecho interno, por lo que los ciudadanos no pueden invocar sus estipulaciones ante los tribunales locales, tenemos los siguientes:

> En el sistema de los Estados Unidos, un tratado puede ser "inmediatamente ejecutivo", en cuyo caso puede invocarse debidamente por los particulares al litigar, sin necesidad de ninguna ley ejecutiva, o "no inmediatamente ejecutivo", en cuyo caso sus disposiciones no pueden ser aplicadas directamente por los jueces si no existe una ley para su ejecución... La distinción es sólo de derecho interno; en ambos casos el tratado sigue siendo vinculante para los Estados Unidos en derecho internacional. Así, en el caso de los tratados de derechos humanos, un tratado "no inmediatamente ejecutivo" no concede a las personas, de por sí, el derecho a solicitar protección ante los tribunales nacionales, aunque los Estados Unidos sigan estando obligados a reconocer esa protección... Cuando es necesario para cumplir sus obligaciones en virtud de tratados, los Estados Unidos promulgan generalmente leyes de ejecución en lugar de hacer que el tratado sea "inmediatamente ejecutivo"... Cuando se requiere legislación de esa índole, los Estados Unidos no depositan su instrumento de ratificación hasta haber promulgado la legislación necesaria... Sin embargo, los Estados Unidos no consideran necesario aprobar leyes de ejecución cuando el derecho interno cumple ya suficientemente los requisitos del tratado.[19]

También está el caso de San Vicente y las Granadinas, en donde,

> Las disposiciones del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] no pueden invocarse ante los tribunales judiciales, tribunales de otra índole o autoridades administrativas, ni pueden ser aplicadas directamente por ellos, aunque los tribunales pueden aplicarlas indirectamente en la medida en que

[18] Documento obtenido de la página de internet (http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/ (Symbol)/bf170612e9a32f7a412563250053e874?Opendocument) del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: HRI/CORE/1/Add.49, 17 de agosto de 1994; original: inglés. Documento básico que forma parte integrante de los informes de los Estados partes, Estados Unidos de América, 29 de julio de 1994, párrafos 136, 135 y 137 (citados en ese orden).

[19] *Ibidem,* párrafos 138 y 140.

> se incluyen en disposiciones comparables de la Constitución y de las leyes ordinarias de San Vicente y las Granadinas.[20]

Este es el caso de Jamaica, en donde: "Para que los tribunales puedan aplicar las disposiciones de cualquier acuerdo internacional del que Jamaica sea parte, es necesario que se promulgue una legislación para el cumplimiento del acuerdo de que se trate."[21]

Puede citarse como ejemplo adicional el de Guyana, en donde:

> No existe una carta separada de derechos ni pueden invocarse directamente las disposiciones de la Convención [se refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] ante los tribunales, a no ser que se trate de tribunales o autoridades administrativas. Sin embargo, estas disposiciones pueden aplicarse indirectamente, puesto que están subsumidas en disposiciones comparables de la Constitución *y* el derecho de Guyana.[22]

Con esto se entiende que es necesaria una legislación instrumental para hacer efectivas las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local.

El sistema mexicano

Ahora examinaremos el caso del sistema establecido por el derecho constitucional mexicano. El principal precepto constitucional que regula esta materia es el 133, que dispone:

> 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 entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

[20] *Cfr.* http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsV(Symbol)/5dc96b4fb2edbe41412563250050a13a?HRI/CORE/1/Add.36, 8 de febrero de 1994; español; original: inglés. Documento básico que forma parte integrante de los informes de los Estados partes, San Vicente y las Granadinas, 13 de octubre de 1993, párrafo 47.

[21] Documento obtenido de la página de internet (http://www.milichr.ch/tbs/doc.nsf/ Symbol)/8389db67c28c074d80256513 0053d95a?Opendocument) del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: HRI/CORE/1/Add.82, 23 de junio de 1997; español; original: inglés. Documento básico que forma parte integrante de los informes de los Estados partes, Jamaica, 6 de enero de 1997, párrafo 38.

[22] Documento obtenido de la página de internet (http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/ (Symbol)/8dc0262205971ea4802565 39004d6299?Opendocument) del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: HRI/CORE/1/Add.61, 21 de julio de 1995; español; original: inglés. Documento básico que forma parte integrante de los informes de los Estados partes, Guyana, 28 de junio de 1995, párrafo 18.

Tratados internacionales integrantes del sistema jurídico mexicano

1. *Marco regulatorio aplicable a los tratados internacionales.* El marco regulatorio en materia de tratados internacionales se encuentra, principalmente, en dos ordenamientos jurídicos mexicanos. En primer lugar en la Constitución general de la República, y en segundo lugar, en la *Ley sobre la Celebración de Tratados.*[23]

La Constitución hace referencia en diversas ocasiones a tratados internacionales. A continuación pasaremos revista de las mismas:

a) En el artículo 15 se contiene una prohibición de celebrar tratados de extradición para reos de carácter político y prohíbe aquellos tratados que "alteren" los derechos humanos reconocidos por la propia Constitución y los tratados internacionales de los que México sea parte.

b) Respecto de la misma materia de extradición, el artículo 119 indica que "Las extradiciones a requerimiento de Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo Federal, con la intervención de la autoridad judicial en los términos de esta Constitución, los Tratados Internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias. En esos casos, el auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por sesenta días naturales."

c) El artículo 18 prevé que "los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto..."

d) Por su parte, el artículo 89, fracción X, se refiere a las facultades del Poder Ejecutivo para la celebración de tratados internacionales y a la obligación de someterlos a la aprobación del Senado.

e) El artículo 76, fracción I, concede facultades al Senado de la República para aprobar los tratados que haya firmado el Poder Ejecutivo.

f) Por su parte, el artículo 94 de la Constitución establece que "La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y modificación".

g) El artículo 104 prevé que:

> Los Tribunales de la Federación conocerán: ...

[23] Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 1992

II. De todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. A elección del actor y cuando sólo se afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, los jueces y tribunales del orden común.

Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado.

h) Por lo que se refiere al artículo 105, fracción II, incisos b) y c), la Constitución señala que el equivalente a 33% de los integrantes del Senado de la República o el consejero jurídico del gobierno federal podrán interponer acción de inconstitucionalidad en contra de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. El mismo artículo 105, pero en su inciso g), establece que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos tiene competencia para interponer acción de inconstitucionalidad en contra de leyes de carácter federal y de las entidades federativas, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, *que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte*. Asimismo, se establecen expresamente los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales.

i) Por su parte, el artículo 103 establece:

Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

I. 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;

j) De manera por demás relevante, el artículo 133 establece que los tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, cuando se encuentren de acuerdo con la Constitución.

k) Y, por último, pero principalmente, el artículo 1º constitucional hace referencia expresa a las normas en materia de derechos humanos contenidas en tratados de los que México es parte, de la siguiente manera:

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

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

2. *Doble efecto jurídico de los tratados*. En el orden jurídico mexicano, los tratados internacionales tienen un doble efecto: por una parte, son convenios en virtud de los cuales se crean, transmiten, modifican o extinguen derechos y obligaciones internacionales para el Estado mexicano frente a otros Estados o frente a otros sujetos de derecho internacionales con capacidad para celebrar tratados, como podrían serlo los organismos internacionales o la Santa Sede. Por otro lado, los tratados internacionales firmados por el Poder Ejecutivo y aprobados por el Senado se integran al régimen jurídico, con características de normas generales y abstractas, obligatorias para todas las autoridades de la nación, tanto federales como locales. Una vez que un tratado ha sido firmado por el Poder Ejecutivo y aprobado por el Senado, se publica como cualquier otra ley y se vuelve derecho positivo mexicano.[24]

En efecto, el artículo 133 constitucional establece que la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados internacionales firmados por el Poder Ejecutivo y aprobados por el Senado que estén de acuerdo con la misma son ley suprema de la Unión. Esto significa que los tratados internacionales, aunque tengan fuente internacional, al ser aprobados por el Senado después de su celebración por el presidente de la República, pasan a ser ley mexicana y se integran al régimen jurídico para su observancia general en toda la República y por todas las autoridades, sin necesidad de que el Poder Legislativo expida leyes "implementantes" o "instrumentantes", como sucede en los regímenes dualistas.

Las únicas ocasiones en que en el régimen mexicano es necesario expedir normas implementantes de un tratado internacional para que pueda ser parte del orden jurídico son, en primer lugar, cuando el tratado en cuestión no esté de acuerdo con la Constitución (salvo, como se verá más adelante, si dicho tratado versa sobre derechos humanos), en cuyo caso la Constitución tendría que reformarse a priori, pues de lo contrario se violaría el principio de supremacía constitucional plasmado en el artículo 133, que establece que los tratados internacionales (que no sean sobre derechos humanos) deben estar de acuerdo con la Constitución. En segundo lugar, será necesario que se expidan leyes que instrumenten el tratado en cuestión, cuando el propio tratado así lo exija, y la naturaleza de sus estipulaciones no sea de aplicación inmediata.

Tal es el caso, por mencionar dos ejemplos sumamente claros, de las convenciones en materia de tortura y de desaparición forzada de personas, de las que México es parte. En efecto, en ambos casos las convenciones exigen a los Estados parte asegurarse de que todos los actos de tortura o desaparición forzada y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para

[24] Segundo párrafo del artículo 4 de la *Ley sobre la Celebración de Tratados*.

castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.[25] Esto quiere decir que dichas convenciones, por no ser leyes penales propiamente dichas, no pueden ser aplicadas por los jueces domésticos directamente para sancionar los actos de tortura o de desaparición forzada (pues en ellas no se establecen la penas aplicables), sino que es necesaria la participación de los poderes legislativos competentes para instrumentar o implementar legislativamente la convención.

Solamente tomando en cuenta lo antes dicho puede afirmarse que los tratados internacionales pasan a formar parte del orden jurídico mexicano, sin tener que estar sometidos a ningún otro ordenamiento distinto a la Constitución, salvo que se trate de normas sobre derechos humanos contenidas en tratados, en cuyo caso, como se explica a continuación, gozan de rango constitucional.

Como indicamos, mucho se ha escrito en torno a la interpretación del artículo 133 constitucional. Un aspecto que resulta innegable, y sobre el que la doctrina coincide en forma unánime, es que los tratados internacionales que firma el presidente y que ratifica el Senado, una vez promulgados, tienen vigencia inmediata y directa en el ámbito local; por tanto, no requieren una legislación instrumental para incorporarlos al sistema legal nacional.

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre este aspecto de una manera consistente.

> Así, se determinó que: ... Los tratados internacionales celebrados con las condiciones que la propia Constitución establece serán Ley en la República Mexicana; es por ello que, cuando alguna de las partes invoca a su favor un tratado de corte internacional, no se le puede exigir que sea ella quien demuestre su existencia, pues como ya se vio, el mismo forma parte del derecho mexicano y, por ende, no está sujeto a prueba.[26]

Sobre este tema, los Tribunales Colegiados en Materia Administrativa resolvieron: "Como el Convenio de París del 31 de octubre de 1958, para la protección de la propiedad industrial, fue aprobado por la Cámara de Senadores y se expidió el decreto promulgatorio correspondiente... debe estimarse que... tiene categoría de Ley Suprema de la Unión, por lo cual las autoridades competentes están obligadas a acatarlo..."[27]

[25] Segundo párrafo del artículo 6 de la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* y primer párrafo del artículo III de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*.

[26] Página de internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (https://www.scjn.gob.mx/). Año: 1990, Octava Época, Título: "PRUEBA, LOS TRATADOS INTERNACIONALES NO ESTÁN SUJETOS A." SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: VI, Segunda Parte-1, Tesis, Página 236. Amparo Directo 832/90, Banco de Crédito y Servicio, SNC, 5 de octubre de 1990, unanimidad de votos. Ponente: Carlos Amado Yáñez, secretario: Mario Sosa Escudero.

[27] Séptima Época, Tercera Parte, Vol. LXXII, Página 23. Denuncia de contradicción de tesis, Varios 329/71, Tribunales Colegiados Primero y Segundo en Materia Administrativa del Primer Circuito, cinco votos, *Semanario Judicial de la Federación*, Apéndice 1917-1985, tercera parte, Segunda Sala, p. 751. Cita obtenida de *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 4a. ed., LV Legislatura de la Cámara de Diputados, Porrúa, México, 1994; t. XII, p. 1198.

Constitución: ley suprema hasta antes de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011

Otro aspecto sobre el que, hasta donde sabemos, había unanimidad de criterios doctrinales, es que la Constitución era la norma de mayor jerarquía hasta antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, y que los tratados internacionales no tenían el mismo nivel jerárquico ni, mucho menos, mayor jerarquía que ella. Esto lo confirmaba de manera indubitable la reforma al artículo 105 constitucional, que en la fracción U, inc. *B)*, admite expresamente la posibilidad de que un tratado internacional celebrado por el Estado mexicano sea inconstitucional.

En este punto la jurisprudencia también coincidía, pues sostenía que: "Las constituciones particulares y las leyes de los estados no podrán nunca contravenir las prescripciones de la Constitución Federal."[28] En este mismo sentido: "sobre las leyes y sobre todas las circulares, debe prevalecer siempre el imperio de la Carta Magna, y cuantas leyes secundarias se opongan a lo dispuesto en ella, no deben ser obedecidas por autoridad alguna."[29]

Corrientes doctrinales sobre el nivel jerárquico de los tratados internacionales frente a las demás leyes

En el nivel jerárquico de los tratados internacionales respecto de las demás normas se desataban corrientes diversas que provocaron consecuencias diferentes. Recordemos algunas de ellas.

Leyes federales y tratados con igual jerarquía. La primera corriente sostenía que los tratados internacionales que firma el presidente y que ratifica el Senado tenían el mismo nivel jerárquico que las leyes federales. Esta interpretación se derivaba del artículo 133 constitucional, antes de que existiera el nuevo artículo 1º, tal y como se encuentra vigente desde junio de 2011, que dejaba claro que la Carta Magna tenía un nivel jerárquico superior a las leyes del Congreso de la Unión, pues estas deben "emanar de la propia Constitución", tanto que las coloca por debajo de ella, y los tratados internacionales deben estar "de acuerdo con la misma"; por ende, el efecto es el mismo. Sin embargo, el precepto constitucional que estudiamos no indica ningún nivel jerárquico entre las leyes del Congreso de la Unión y los tratados internacionales; por ello, se dice, tienen el mismo rango, por debajo de la Constitución y por encima de las leyes locales. Como se verá más adelante, esto cambió con la reforma en materia de

[28] Jurisprudencia firme, *Semanario Judicial de la Federación*, Apéndice 1917-1988, segunda parte, Salas y Tesis Comunes, p. 855. Cita obtenida de *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones, op. cit.*, p. 1194.

[29] *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. XLVI, Sexta Parte, Página 6020. Cita obtenida de *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, *op. cit.*, p. 1195.

derechos humanos de junio de 2011, respecto de las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales de los que México sea parte.

Conforme a esta corriente, la Carta Magna mexicana se ubicaría en una categoría similar a la estadounidense, según vimos. Los efectos prácticos de esta teoría son, por un lado, el hecho innegable de que la Constitución mexicana adoptaba una postura nacionalista respecto de sí misma, como explicamos líneas arriba, ya que, en caso de que un tratado internacional no estuviera de acuerdo con ella, no sería ley suprema de la Unión. Esta es la postura que había sostenido de manera consistente, salvo excepciones, la jurisprudencia mexicana. Veamos algunos ejemplos de las tesis sobresalientes sobre la materia:

> De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de la Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.[30]
>
> ...No puede establecerse que los tratados sean de mayor obligación legal que las leyes del Congreso.[31]
>
> El artículo 133 constitucional no establece preferencia alguna entre las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, puesto que el apuntado dispositivo legal no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que adopta

[30] Página de internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (https://www.scjn.gob.mx/). Año: 1992, Octava Época, Título: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA." Pleno. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.* Número: 60, diciembre de 1992. Tesis: P. C/92, Página 27. Amparo en Revisión 2069/91. Manuel García Martínez, 30 de junio de 1992. Mayoría de 15 votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el martes 17 de noviembre en curso, por unanimidad de 18 votos de los señores ministros presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, José Trinidad Lanz Cárdenas, Miguel Montes García, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, aprobó, con el número C/92, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas y José Antonio Llanos Duarte. México, Distrito Federal, a 18 de noviembre de 1992.

[31] Página de internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (https://www.scjn.gob.mx/). Año: 1981, Séptima Época, Título: "TRATADOS INTERNACIONALES. EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, ÚLTIMA PARTE, NO ESTABLECE SU OBSERVANCIA PREFERENTE SOBRE LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL." Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Vols. 151-156, Sexta Parte, Página 195.

Amparo en Revisión 256/81, C. H. Boehringer Sohn, 9 de julio de 1981, unanimidad de votos; Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Amparo en Revisión 269/81, José Ernesto Matsumoto Matsuy, 14 de julio de 1981, unanimidad de votos; ponente: Samuel Hernández Viazcán. Amparo en Revisión 160/81, National Research Development Corporation, 16 de julio de 1981, unanimidad de votos; ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Nota: se elimina la leyenda "Sostienen la misma tesis".

> la regla de que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a éstos un rango superior a las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esa Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo.[32]

Esta corriente presentaba el siguiente problema adicional: el efecto de considerar los tratados en el mismo nivel jerárquico que las leyes federales sería que una ley federal posterior podría derogar las disposiciones del tratado para fines de derecho local, pero no para efectos de responsabilidad internacional, pues el tratado, como veremos más adelante, permanecería en vigor *vis-a-vis* en cuanto a las demás partes del mismo.

Leyes reglamentarias de la Constitución: jerárquicamente superiores a los tratados. Algunos autores afirman que no todas las leyes del Congreso de la Unión poseen la misma jerarquía, pues algunas tienen más que otras. Esta interpretación se deriva del sentido que se le da a la frase *que emanen de ella*, utilizada en el artículo 133. Según esta corriente, las leyes del Congreso de la Unión "que emanan" de la Constitución son las que reglamentan directamente algún precepto constitucional y, por tanto, se incorporan al derecho constitucional. Esta es la postura que sostiene Jorge Carpizo, quien apoyándose en los argumentos del doctor Mario de la Cueva señala: "Si bien todas las leyes emanadas del Congreso federal son formalmente idénticas, materialmente no lo son, pues algunas de ellas son la Constitución que se desarrolla, que se extiende y que se vivifica. Y estas leyes constitucionales son a las que se refiere el artículo 133 como supremas."[33]

Así, en este orden de ideas, se podría concluir que, en los términos del artículo 133 constitucional, la Carta Magna será la ley de leyes, pero en un nivel inmediatamente inferior se tendría a las leyes reglamentarias de la Constitución, y por debajo de ellas, a las demás leyes que expide el Congreso federal, que "no emanan de ella" o, dicho de otro modo, que no reglamentan algún precepto constitucional.

En efecto, Mario de la Cueva piensa, según recuerda Carpizo, que el orden jurídico mexicano se clasifica en:

a) Constitución federal.
b) Leyes constitucionales y tratados.
c) El derecho federal ordinario y el derecho local.[34]

[32] Página de internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (https://www.scjn.gob.mx/). Año: 1981, Séptima Época, Título: "TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADOS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUÍA." Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Vols. 151-156, Sexta Parte, Página 196. Amparo en Revisión 256/81, C. H. Bohering Sohn, 9 de julio de 1981, unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel.

[33] Ruperto Patiño Manffer, "Comentario al artículo 133", en *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones, op. cit.*, p. 1183.

[34] *Idem.*

De acuerdo con esta línea de argumentos tendríamos que, para los efectos de la parte final del artículo 133, los jueces de los estados estarían sometidos a la Constitución, a las leyes reglamentarias de esta y a los tratados internacionales, pero no a las leyes federales no reglamentarias de la Carta Magna. Los efectos prácticos, de aceptar esta corriente, serían, en primer lugar y al igual que en el caso inmediato anterior, que la Constitución es ley de leyes, por encima de cualesquiera otras, incluso de las "que emanen de ella", pues debe respetarse el principio consistente en que la ley reglamentaria no puede ir más allá, ni contradecir a la ley que reglamenta. Parece que De la Cueva considera que los tratados están en el mismo nivel jerárquico que las leyes federales reglamentarias de la Constitución.

Sin embargo, Carpizo sostiene:

> No puede existir conflicto entre los tratados y las leyes federales ordinarias, ya que los tratados son superiores a éstas y si existe contradicción entre estas dos clases de normas hay que aplicar los tratados por ser de jerarquía superior a la legislación federal ordinaria... El problema se presenta cuando hay contradicción entre una ley constitucional y un tratado por ser de la misma jerarquía... Un tratado inconstitucional [se refiere al concepto amplio de *constitucional*, es decir, la Constitución y las leyes constitucionales] no puede aplicarse en el orden interno. Desde el punto de vista externo tampoco lo debe aplicar el Estado aunque caiga en responsabilidad, y lo que debe hacer en estos casos es denunciarlo o por algún otro método jurídico acabar con el monstruo que no tiene base constitucional para poder subsistir.[35]

Resulta interesante señalar que el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito determinó que esta postura no tiene sustento, pues "No es correcta la apreciación de que una ley reglamentaria de algún precepto constitucional... sea, por naturaleza propia, jerárquicamente superior a otros ordenamientos generales..."[36]

Tratados con mayor jerarquía que las leyes federales. Pereznieto,[37] por su parte, afirmaba, antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, que las leyes del Congreso de la Unión tienen un nivel inferior al de la Constitución, pero que los tratados internacionales poseen un nivel jerárquico

[35] *Ibidem*, p. 1184. Cabe mencionar que la Suprema Corte, en una serie de tesis de la Sexta Época, se adhirió a esta corriente. Al respecto véase Dino Michelis Pérez Correa, *Los tratados internacionales y la supremacía constitucional*, tesis profesional de licenciatura en derecho, Universidad Iberoamericana, México, 1998, pp. 74 y 75. Sin embargo, la Corte, con posterioridad, sostuvo que los tratados tienen la misma jerarquía que las leyes federales, sin establecer ninguna distinción jerárquica entre ellas, como lo mostramos en el inciso inmediato anterior.

[36] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, amparo directo 233/88, Instituto Mexicano del Seguro Social, 1 de marzo de 1988, unanimidad de votos. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. I, Segunda parte-1, Páginas 394-395, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones, op. cit.*, p. 1202.

[37] Leonel Pereznieto Castro, "El artículo 133 constitucional: una relectura", *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 25, t. II, México, 1995.

superior a las leyes federales e incluso, afirma, igual al de la Ley Fundamental. Este autor indica que cuando el Constituyente utilizaba la frase *que emanen de ella*, respecto de las leyes del Congreso de la Unión, las ubicaba en un nivel jerárquico inferior a la Constitución:

> Resultan en este contexto, normas derivadas de la Constitución por lo que necesariamente estarán en un nivel inferior a ésta, no así los tratados, porque éstos sólo deben cumplir con los "criterios de identidad" para ser admitidos en el sistema jurídico mexicano... Al no ubicarlos debajo de la Constitución, el dispositivo del artículo 133 los ubica al mismo nivel jerárquico de ésta.[38]

El autor afirma que si los tratados cumplen con el "criterio de identidad" con la Constitución, es decir, que estén de acuerdo con la misma, tienen el mismo nivel jerárquico que ella. Si interpretamos en sentido contrario, los tratados que no cumplan con el "criterio de identidad" no tendrían el carácter de ley suprema de la Unión.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en una tesis afortunada, resolvió que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en segundo plano respecto de la Constitución federal. La SCJN reconoce que "en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P.C./92 publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación 60, correspondiente a diciembre de 1992, p. 27, de rubro: LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados frente al derecho federal". En este sentido afirma:

> Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado Mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de Jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades.[39]

Triplicidad de estratos de aplicación de las leyes: nacional, federal y local. Otra corriente, que sostiene Vázquez Pando,[40] expresa que, a pesar de que el artículo 133 da la apariencia de establecer un orden jerárquico de las leyes de rango inferior a la

[38] *Ibidem*, p. 280.

[39] Tesis emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, amparo 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, 11 de mayo de 1999.

[40] Fernando Alejandro Vázquez Pando, "Jerarquía del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá en el sistema jurídico mexicano", en *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio. Memorias*, Universidad Iberoamericana, México, 1992, pp. 35 y siguientes.

Constitución, el problema no es de jerarquías, sino de ámbitos de aplicación de las normas. Desde esta perspectiva se confirma que la Constitución es la norma a la que deben sujetarse todas las demás que expida cualquier órgano legislativo.

Sin embargo, fuera de esta consideración, no es que las legislaturas locales estén sometidas a las disposiciones de las leyes que expide el Congreso de la Unión ni a los tratados internacionales, pues, dice Vázquez Pando, es prácticamente imposible que pueda presentarse un problema de incompatibilidad entre una norma y otra, ya que el ámbito de aplicación de las normas es distinto.[41]

A fin de facilitar la comprensión de esta postura, Vázquez Pando distingue tres ámbitos espaciales de validez de las normas, para después hacer una distinción entre los ámbitos materiales de validez. Así, continúa el autor, en el sistema jurídico mexicano existe una triplicidad de estratos, es decir, tres ámbitos espaciales de aplicación de las normas: nacional, federal y local, con los respectivos órganos facultados para expedir normas aplicables en cada ámbito. Las normas de aplicación nacional son las que contienen la Constitución[42] y los tratados internacionales,[43] mientras que las de aplicación federal son las normas ordinarias expedidas en los términos del artículo 72 constitucional; finalmente, las normas de aplicación local son, del mismo modo, las disposiciones llamadas *locales*.[44] Cada tipo de norma tiene su origen formal en diferentes órganos. Las constitucionales son las que expide el Constituyente originario o el poder reformador previsto en la Constitución; las normas federales son las que expide el Congreso de la Unión, y las locales, las que emiten las legislaturas de los estados.

La razón por la que se aduce que es prácticamente imposible que haya conflicto entre una norma federal y una local es que las materias sobre las que puede legislar un órgano no pueden ser objeto de legislación de los demás.[45] Así, el Poder Legislativo Federal tiene expresamente marcadas las materias sobre las que puede expedir leyes, y no puede hacerlo en ninguna otra, pues las demás son competencia de

[41] *Ibidem*, pp. 39 y 40.

[42] *Ibidem*, p. 37.

[43] *Ibidem,* p. 39. En este sentido, la tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación citada establece: "Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de Jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación obliga a sus autoridades."
Tesis emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, amparo 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, 11 de mayo de 1999.

[44] *Ibidem*, p. 37.

[45] *Ibidem*, p. 39.

las legislaturas locales, en los términos del artículo 124. Raúl Medina Mora sostiene en este sentido que "no hay supremacía del orden federal sobre el orden local; las competencias están distribuidas en el artículo 124 y estas competencias, según el artículo 103, no pueden ser recíprocamente invadidas".[46]

Si aplicamos los argumentos anteriores, por ejemplo, no existe conflicto entre la norma del *Código de Comercio* que prevé que los contratos entre ausentes se perfeccionan desde el momento en que se deposita la aceptación en el correo y la prevista en diversos códigos civiles locales, en donde la regla es que el contrato se perfecciona en el momento en que se recibe la aceptación. No es que las legislaturas de los estados estén impedidas para adoptar una regla distinta en esta materia, simplemente que el *Código de Comercio* es una norma federal, y los códigos civiles son estatales. Tampoco es que los jueces de los estados tengan que aplicar la regla prevista en el *Código de Comercio*, a pesar de las disposiciones del Código Civil respectivo. En este caso debe hacerse la distinción del ámbito material de validez de las normas, pues las normas federales de derecho mercantil son aplicables solo a los contratos con carácter de mercantiles, y las normas del derecho civil local lo serán a los contratos con carácter de civiles.

Tampoco puede haber conflicto entre normas de carácter fiscal federales y locales, pues las materias sobre las que son aplicables son distintas. Si una ley federal pretendiera regular los contratos civiles o los impuestos prediales, por ejemplo, los jueces de los estados no tendrían la obligación de arreglarse a estas normas simplemente porque fueron expedidas por el Congreso de la Unión en los términos de lo que parece decir el artículo 133, ya que esas normas serían contrarias a la Constitución, pues el órgano legislativo federal carece de facultades para legislar sobre las materias mencionadas y, por tanto, dichas normas no serían ley suprema de la Unión y, por lo mismo, los jueces de los estados no tendrían la obligación de arreglarse a ellas.

En relación con el problema potencial de conflicto entre una norma federal o local y un tratado internacional, Vázquez Pando sostiene que tampoco eso debería presentarse, en virtud de que los ámbitos materiales de validez de las normas del tratado son distintos de los de las normas federales o locales, con el principio de que la norma especial "deroga" a la general.

Ejemplo:

Si una estipulación del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá establece una regla determinada sobre inversión

[46] Raúl Medina Mora, "El artículo 133 constitucional y la relación entre el derecho interno y los tratados internacionales", *Pemex-Lex*, núms. 75-76, México, septiembre-octubre de 1994, p. 7.

extranjera que resultare distinta de lo previsto en la *Ley de Inversión Extranjera*, no debe entenderse que ambos ordenamientos estén en conflicto, sino simplemente que el Tratado de Libre Comercio aplicará si la inversión extranjera es de origen canadiense o estadounidense, pero no, por ejemplo, inglés o japonés.

En este tenor, el TLC será norma especial, y la *Ley de Inversión Extranjera*, norma general. Del mismo modo, si, por ejemplo, el protocolo sobre uniformidad de poderes[47] dispusiera algún requisito para la efectividad de un poder distinto de lo previsto en algún código civil estatal, no debe entenderse que el juez del estado respectivo deba otorgarle mayor rango al tratado porque es jerárquicamente superior, en los términos del artículo 133, sino que aplicará el protocolo solo en tanto el poder correspondiente provenga de un país que sea parte en el protocolo, y el Código Civil local si esto no fuera así. Esta postura la adopta también Jorge Carpizo, quien señala:

> En México, el derecho federal y el local tienen la misma jerarquía, el uno no priva sobre el otro, en otras palabras, cuando existe una aparente contradicción entre una norma federal y una local, debemos examinar qué autoridad es *competente* respecto a esa materia. Es decir, no puede existir una contradicción entre una norma federal y una local, sino el problema es de competencia.[48]

Jorge Adame Godard, en cierto sentido, adopta esta corriente de pensamiento, pues afirma que "el orden jurídico no es una 'pirámide', sino un sistema ternario compuesto por tres estratos o subsistemas diferenciados, aunque coordinados entre sí... cada uno con sus propias fuentes, ámbitos de competencia y órganos jurisdiccionales".[49]

Esta corriente fue confirmada, en cierta medida, por la SCJN, que señaló:

> Si la recurrente alega... que de acuerdo con el artículo 133 constitucional debe prevalecer la primera de las leyes citadas, ya que la ley federal es jerárquicamente superior a la local, hace un planteamiento erróneo debido a que el citado artículo 133 no establece ninguna jerarquía entre las legislaciones federal y local, sino que en el supuesto de la aparente contradicción, ésta se supera conociéndose cuál es el órgano competente para expedir esa ley, de acuerdo con lo señalado en el artículo 124 de la Constitución Federal. Es decir, el problema planteado no es de jerarquía de leyes sino de competencia.[50]

[47] Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes, abierto a firma en la sede de la Organización de los Estados Americanos, en Washington D. C., 17 de febrero de 1940.

[48] Jorge Carpizo, "Comentario al artículo 124", en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones, op. cit.*, p. 959.

[49] Jorge Adame Godard, citado por Dino Michelis Pérez Correa, *Los tratados internacionales y la supremacía constitucional, op. cit.*, p. 92.

[50] Amparos en revisión 1825/89, 1838/89, 2718/89, 2010/90, 4439/90 y Tesis de jurisprudencia 1/91 aprobada por la Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo VII, Página 59. Cita obtenida de *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones, op. cit.*, p. 1204.

Sin embargo, en contradicción aparente también decidió: "Atendiendo al principio de la jerarquía en la aplicación de las leyes que consagra el artículo 133 de la Constitución Federal, la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación debe prevalecer, por ser ley federal, sobre el artículo 2o. transitorio de las reformas a la multicitada Ley de lo Contencioso Administrativo, dado que ésta es de índole local."[51]

Sin embargo, el Pleno de la SCJN, en la tesis citada, afirma: "Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados" y, como apuntamos, reconoce: "no pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa..."[52]

Corrientes doctrinales sobre las facultades del presidente para celebrar tratados, de acuerdo con la materia. Esto nos conduce a analizar el problema derivado de los ámbitos competenciales de los órganos encargados de expedir las normas que, según el artículo 133 constitucional, son ley suprema de la Unión. Hay unanimidad de criterios, hasta donde sabemos, en el sentido de que las facultades legislativas ordinarias expresamente concedidas al Congreso federal no puede ejercerlas ningún otro órgano legislativo, y que las materias no señaladas de su competencia en el artículo 72 o reservadas a alguna de las cámaras del Poder Legislativo federal, corresponden a las legislaturas de los estados, en los términos del artículo 124 de la Constitución. En caso de invasión de competencias, el asunto en controversia debe someterse a la SCJN para su resolución, en términos de los artículos 103 y 105 constitucionales. En donde se bifurcan las corrientes de interpretación jurídica es en las materias que pueden ser objeto de tratados internacionales.

Los tratados pueden versar sobre cualquier materia. La primera corriente, que sostiene Carpizo y que aceptan, por lo menos implícitamente, los demás, con algunas excepciones que mencionaremos en seguida, consiste en señalar que los tratados internacionales que firma el presidente con aprobación del Senado pueden versar sobre cualquier materia, siempre que no contravengan las disposiciones constitucionales, en especial el artículo 15, por lo que se refiere a la restricción de los derechos reconocidos en la Carta Magna. Es decir, "la facultad del Presidente de la República

[51] Diversas decisiones del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y del Tribunal Fiscal de la Federación, *Semanario Judicial de la Federación*, Apéndice 1917-1985, Tercera Parte, Segunda Sala, Páginas 550-551. Cita obtenida de *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones, op. cit.*, pp. 1206 y 1207.

[52] Tesis emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, amparo 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, 11 de mayo de 1999.

para celebrar tratados internacionales debe ser tan amplia como lo requiera el interés nacional".[53] Patiño recuerda:

> Para Martínez Báez, el Presidente de la República no tiene más límite en su facultad de celebrar tratados internacionales que las expresamente contenidas en la Constitución mexicana. Es decir, aquellas [sic] que se derivan del artículo 15 del Pacto Federal. Fuera de esta restricción, las facultades del Ejecutivo federal resultan virtualmente ilimitadas en materia de negociaciones internacionales.[54]

La SCJN confirmó recientemente esta posición, en la multicitada tesis que afirma:

> Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el Presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado Mexicano en cualquier materia...[55]

Los tratados no pueden versar sobre materias de la competencia de los congresos federal o estatales. La otra vertiente de pensamiento consiste en afirmar que el presidente y el Senado de la República, como autoridades federales, no pueden celebrar y aprobar tratados internacionales sobre materias que son de la competencia de las legislaturas estatales, ya que esto sería contrario al artículo 124 de la Constitución: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución *a los funcionarios federales*, se entienden reservadas a los Estados."

Así, desde esta perspectiva, cualquier tratado que versara sobre un tema que regule el derecho civil o penal local sería inconstitucional, según esta posible vertiente de interpretación.[56]

Una versión aún más radical que la mencionada es la que sostiene Herrera y Lasso,[57] quien afirma que el presidente no puede firmar un tratado internacional, ni el Senado aprobarlo, si la materia respectiva es alguna de las listadas como facultades del Congreso federal o de alguna de las cámaras que lo componen.

Como analizamos en el apartado inmediato anterior, la SCJN rechaza esta postura.

La posición del derecho internacional. Antes de exponer nuestra opinión al respecto, de acuerdo con los problemas particulares que se presentan desde la perspectiva

[53] Ruperto Patiño Manffer, *op. cit.*, p. 1184, quien se refiere al pensamiento de Jorge Carpizo.

[54] *Ibidem*, p. 1185. Esta misma postura la adoptan Solís Hernández, Trigueros y Arteaga, según citas de Loretta Ortiz Ahlf, en *Algunas reflexiones en torno a los tratados*, versión mimeográfica, pp. 10 y siguientes.

[55] Tesis emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, amparo 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, 11 de mayo de 1999.

[56] Loretta Ortiz Alf, *op. cit.*, pp. 10 y ss., se refiere a esta posible interpretación y cita a los autores que la han analizado, entre ellos Martínez Báez, Solís Hernández, Ricardo Abarca, Elisur Arteaga y Laura Trigueros.

[57] Véase Ruperto Patiño Manffer, *op. cit.*, p. 1186.

de los tratados de derechos humanos y el concepto de *jus cogens* internacional, creemos necesario recordar la postura que adopta el derecho internacional por medio de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de 1969, de la que México es parte, por lo que es ley suprema de la Unión y, en consecuencia, se incorpora necesariamente a esta discusión.

Son aplicables al tema los artículos 26, 27, 29 y 46 de la mencionada Convención, que prescriben:

> 26. *Pacta sunt servanda.* Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.
>
> 27. *El derecho interno y la observancia de los tratados.* Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.
>
> 29. *Ámbito territorial de los tratados.* Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo.
>
> 46. *Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.* 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.
>
> 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

A primera vista parecería que la Convención de Viena adopta una postura internacionalista, en el sentido de que no puede alegarse como justificación de un incumplimiento a un tratado la violación a una norma de derecho interno. Sin embargo, el artículo 26 remite, en su parte final, al artículo 46, que primero reitera el principio internacionalista, pero después hace una excepción de tinte nacionalista, al expresar que sí es posible que un país aduzca que un tratado está viciado de nulidad por falta de capacidad, cuando esa falta de capacidad se derive de la violación manifiesta de una norma de importancia fundamental de derecho interno.

La cuestión jerárquica de las normas en el orden jurídico mexicano después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011

Como ya hemos señalado en esta obra, la SCJN, en una sentencia emitida el 11 de mayo de 1999 en virtud de un amparo promovido por el Sindicato Nacional de

Controladores de Tránsito Aéreo, se pronunció en el sentido de que los tratados internacionales firmados por el Poder Ejecutivo y ratificados por el Senado tienen un nivel jerárquico infraconstitucional, pero supralegal, dentro del sistema normativo mexicano.[58] Esto significa que, en aquel entonces, para la SCJN, los tratados internacionales debían estar sometidos a lo que estableciera la Constitución para formar parte del orden jurídico mexicano, pero que fuera de ese caso los tratados internacionales no debían estar sometidos a ninguna ley federal o estatal, y no porque pudieran considerarse de la misma jerarquía que aquellas leyes, sino porque, según decidió la Corte, los tratados internacionales tenían una jerarquía superior a las leyes federales y locales.[59]

El anterior criterio fue después confirmado por la SCJN.[60]

[58] Novena Época, Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: X, Noviembre de 1999, Tesis: P. LXXVII/99, Página: 46, Materia: Constitucional, Tesis aislada. "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL... Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión '...serán la Ley Suprema de toda la Unión...' parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema... esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; ... Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas..." Amparo en Revisión 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, 11 de mayo de 1999, Unanimidad de diez votos.

[59] *Idem*.

[60] Registro 168977, Novena Época, Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVIII, Septiembre de 2008, Página: 159, Tesis: 1a./J. 74/2008, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Administrativa. "COMPETENCIA ECONÓMICA. LOS ARTÍCULOS 25, 27, 28, 29, 30 Y 31 DEL REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN, A PETICIÓN DE PARTE, ANTE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, NO VULNERAN EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 12 DE OCTUBRE DE 2007). Acorde con las tesis P. VIII/2007 y P. VII/2007, de rubros: 'SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.' y 'LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.', el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el principio de supremacía constitucional en el sentido de que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales, entendiéndose por éstas no las federales que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino las emitidas por el Congreso de la Unión con base en cláusulas constitucionales que lo obligan a dictarlas, de manera que una vez promulgadas y publicadas, deben aplicarse por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales. En ese tenor, si los artículos 25, 27, 28, 29, 30 y 31 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, vigente hasta el 12 de octubre de 2007, desarrollan y complementan a detalle el procedimiento previsto en los numerales 23, 24, 30, 31, 32 y 33 de la Ley indicada, sin excederla ni contrariarla, resulta evidente que no transgreden el principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 133 constitucional, pues para ello se requiere, por un lado, que las disposiciones reglamentarias rebasen o contradigan a la ley que regulan y, por el otro, que ésta sea una de las que integran la Ley Suprema de la Unión."

El anterior criterio de interpretación no era el que la propia SCJN había adoptado previamente. Si bien es cierto que en México siempre estuvo fuera de toda discusión que los tratados internacionales estaban y están por encima de las leyes de los estados de la República, lo que se discutía es lo relativo al nivel jerárquico que los tratados internacionales tienen respecto de las leyes federales. La SCJN, en su anterior conformación, había sostenido que los tratados internacionales tenían un nivel jerárquico igual al de las leyes federales.

Por tanto, antes de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, no se podía afirmar que las normas de tratados tenían rango constitucional, pues el artículo 133 dice que los tratados deben estar "de acuerdo con la misma", es decir, con la Constitución. Es verdad que dicho artículo sigue diciendo lo mismo, pero ahora la interpretación armónica entre el artículo 1º y el artículo 133 permite llegar a la conclusión de que este último es norma general aplicable a todas las normas contenidas en tratados internacionales que no versen sobre derechos humanos, en tanto que el artículo 1º es norma especial, aplicable solamente a normas en materia de derechos humanos contenidas en tratados.

Es decir, todas las normas de tratados internacionales que no versen sobre derechos humanos (que son la inmensa mayoría) deberán estar de acuerdo con la Constitución, mientras que las normas sobre derechos humanos de tratados ya pertenecen a un sistema normativo que se ha incorporado a la Constitución. El artículo 133 distingue al utilizar la expresión "que estén de acuerdo con la misma"; el artículo 1º no usa esa expresión, por lo que no se debe distinguir.[61]

Como bien lo señaló la SCJN en su resolución a la contradicción de tesis 291/2011:

> Lo anterior implica que inclusive pueden ser incorporados al catálogo de derechos humanos previstos en la Constitución aquéllos previstos en tratados internacionales que no sean considerados "de derechos humanos", tal y como ocurre con el ejemplo paradigmático del derecho a la notificación, contacto y asistencia consular contenido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. En este sentido, aunque dicho tratado internacional no constituya un "tratado de derechos humanos", ello no ha sido un obstáculo para concluir que el citado derecho efectivamente sea considerado un derecho humano.[62]

[61] Diversos juristas se han pronunciado en favor de que el efecto del artículo 1º constitucional fue incorporar al corpus constitucional las normas de derechos humanos contenidas en tratados. Véase, por ejemplo, Víctor M. Martínez Bullé-Goyri, "Reforma constitucional en materia de derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLIV, número 130, enero-abril de 2011, p. 410. Disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/130/el/el12.pdf

[62] Engrose de la sentencia Contradicción de Tesis 293/2011, p. 28.

Lo importante es que la norma contenida en un tratado proteja algún derecho, y no que esté contenida en un "tratado de derechos humanos".

Lo mismo sucede con el artículo 15 de la Constitución, también reformado mediante el decreto del 10 de junio de 2011. Claramente, dicho precepto establece una diferencia entre tratados de derechos humanos, por un lado, y por separado otros tratados que no pueden contradecir ni la Constitución ni las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados de los que México sea parte. Es decir, si un tratado de extradición, o uno de intercambio comercial, o uno sobre braceros, o cualquier otro no violentara el texto constitucional pero sí fuera contrario a una norma de derechos humanos contenida en algún tratado en dicha materia del que México fuese parte, el tratado en cuestión sería inconstitucional por mandato expreso del artículo 15.

Del mismo modo, el artículo 103 de la Constitución ahora establece que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Carta Magna, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Es decir, los derechos constitucionalmente reconocidos son los consagrados en el texto constitucional propiamente dicho, *así como*, es decir, *incluyendo* en un solo corpus los consagrados en tratados internacionales de los que México sea parte. Al igual que el artículo 1º, este precepto no establece el requisito de que las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados deban estar "de acuerdo con la misma", es decir, con la Constitución, como sí lo hace el artículo 133, con lo que se puede concluir que, conforme al nuevo régimen jurídico, existen en el orden jurídico mexicano normas de tratados que están por debajo de la Constitución por tener que estar de acuerdo con la misma, y un número más reducido de normas contenidas en tratados internacionales que por versar sobre derechos humanos no necesitan dicho requisito, sino que han pasado a formar parte del corpus constitucional.

Lo anterior se corrobora con la reforma que sufrió, en virtud del mismo decreto del 10 de junio de 2011, el artículo 105 constitucional, pues se establece en su fracción II, inciso g), que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos tiene competencia para interponer acción de inconstitucionalidad en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, "que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas".

Esta disposición vino a modificar la resolución de la SCJN mediante la que había decidido, antes de la reforma, que la Comisión Nacional de Derechos Humanos no tenía facultades para interponer acción de inconstitucionalidad en contra de leyes que fueren contrarias a tratados internacionales sobre derechos humanos.[63] Lo anterior refuerza la conclusión de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen rango constitucional, o han pasado a formar parte del derecho constitucional, pues de lo contrario la acción de inconstitucionalidad no sería procedente, tal como lo había interpretado la SCJN antes de la reforma.

Ahora, el inciso g) de la fracción II del artículo 105 constitucional distingue dos tipos de tratados: los que pueden ser impugnados por la vía de la acción de inconstitucionalidad, por no ser de derechos humanos, y los que han pasado a formar parte de la normativa constitucional. Así, de acuerdo con este precepto, la acción de inconstitucionalidad podría interponerse en contra de una disposición de un tratado sinalagmático sobre cualquier materia que no sea de derechos humanos, si este fuere contrario a la Constitución o a una norma de derechos humanos contenida en algún tratado del que México sea parte.

Es de destacarse que en búsqueda de una interpretación auténtica de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, el dictamen de las comisiones unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado (del Senado de la República), respecto de la minuta "Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos", se puede comprobar que estaba en la mente e intención del poder reformador de la Constitución el "revisar la jerarquía constitucional de los tratados en materia de derechos humanos".[64]

Asimismo, en dicho dictamen se aclara que una de las intenciones de la reforma era "adecuar el marco constitucional para que los derechos humanos que se han reconocido internacionalmente a través de tratados firmados y ratificados por el Senado, cuenten con un mecanismo de control, es decir, las acciones de inconstitucionalidad".[65]

Más adelante, el dictamen señala: "La Segunda consideración se refiere a la necesidad de actualizar nuestra Constitución en esta materia, lo que se pretende hacer

[63] Véase Víctor M. Martínez Bullé-Goyri, *op. cit.*, p. 412.

[64] Inciso d), página 8/62 del "Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado (del Senado de la República), respecto de la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos."

[65] Inciso m), página 9/62 del mismo dictamen.

a través del conjunto de normas planteadas, principalmente la que se refiere a incorporar el derecho internacional de los derechos humanos, como se explicará más adelante."[66] Es lógico concluir que al decir "actualizar nuestra Constitución", y luego utilizar la expresión "incorporar el derecho internacional de los derechos humanos", que tal incorporación debe entenderse a la propia Constitución. Más adelante, el mismo dictamen lo expresa de la manera siguiente: "*Es evidente que una de las consecuencias* de hacer esta modificación al primer párrafo del artículo 1º constitucional es que las normas de derechos humanos establecidas en tratados internacionales *adquirirán reconocimiento y protección constitucional.*"[67]

El mismo dictamen aclara que aunque no se pretende establecer un sistema de supra-subordinación (en nuestra opinión debe entenderse, entre el texto constitucional propiamente dicho y las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados, que por tanto debe concluirse que se encuentran en el mismo plano o nivel), "ni implica un sistema de jerarquía de normas que no se considera conveniente modificar" (es decir, esta frase debe entenderse respecto de lo establecido en el artículo 133 constitucional en relación con los demás tratados que no sean sobre derechos humanos, que quedan sujetos al mismo régimen), por lo que se acude al sistema de interpretación conforme y al principio *pro persona* para resolver los posibles problemas de interpretación.[68]

A mayor abundamiento, el presidente de la República, como última autoridad integrante del poder reformador de la Constitución, con motivo de la promulgación del decreto constitucional –acto jurídico con el que culminó el proceso de reformas constitucionales–, expresó de manera por demás clara y que no deja ningún lugar a dudas:

> De la misma forma, **se eleva a rango constitucional, se elevan a rango constitucional los derechos humanos protegidos por los tratados internacionales ratificados por México.**
>
> Éste es un cambio notable. No hace muchos años, incluso el Estado mexicano se empeñaba en minimizar o quizá desconocer muchas veces el explícito reconocimiento de derechos humanos que en el ámbito internacional se hacía, y ahora la política pública y la Reforma Constitucional no sólo reconocen y fortalecen el derecho internacional en la materia, sino **que lo hacen derecho constitucional.**
>
> **Los derechos humanos, protegidos en la legislación internacional, en los tratados ratificados por México, son ahora parte de nuestra Constituci**ón y son garantizados como los derechos mismos establecidos en la Carta Magna.[69]

[66] Página 10/62 del citado dictamen.

[67] Página 14/62 del citado dictamen. Énfasis agregado.

[68] Véanse las páginas 14 y 15 del citado dictamen.

[69] *Cfr.* http://www.presidencia.gob.mx/2011/06/el-presidente-calderon-en-la-promulgacion-de-la-reforma-constitucional-en-materia-de-derechos-humanos/

Por lo anterior puede afirmarse que el control de constitucionalidad y el de convencionalidad, si versa sobre derechos humanos, en realidad ahora son lo mismo. Habrá control de convencionalidad propiamente si el contraste de una norma se hace frente a un tratado que no verse sobre derechos humanos, pero si el contraste se hace frente a una norma de derechos humanos contenida en un tratado, se estará haciendo, *de jure*, control de constitucionalidad.

Más aún, el control de constitucionalidad/ convencionalidad en materia de derechos humanos no debe limitarse a las normas federales y locales, respecto de las convenciones de derechos humanos y la Constitución, sino que debe aplicarse incluso para armonizar, por ejemplo, una norma de un tratado respecto de otra norma de otro tratado, o incluso de una norma constitucional respecto de una norma sobre derechos humanos contenida en uno o más tratados. La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* da la solución en el artículo 29, al establecer que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de suprimir derechos reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella, ni limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho que pueda estar reconocido en las leyes nacionales o de acuerdo con otra convención en que sea parte el Estado.

Es decir, si la posible contradicción se presentara entre una norma constitucional restrictiva y una convencional que proteja más a la persona, la que debe aplicarse es la convencional, no solo porque ahora tiene la misma jerarquía que la Constitución propiamente dicha, sino porque los jueces están obligados a actuar *pro persona*, como se abundará más adelante. Si se decidiera que la Constitución tiene mayor rango que las normas de derechos humanos de tratados, se derrumbaría parcialmente lo sostenido por la propia SCJN cuando afirmó que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de casos en los que México haya sido parte, son obligatorias para todas las autoridades del Estado mexicano, incluyendo a la misma SCJN, y deben acatarse, pues al preferir la norma restrictiva contenida en la Constitución y no la norma convencional más benéfica, no se estaría cumpliendo con el deber de hacer control de convencionalidad *ex officio* al que está obligado todo tribunal mexicano, incluyendo la SCJN, conforme a la sentencia Radilla, y podría someter a México a responsabilidades internacionales por demás indeseables y vergonzosas.

Por ello nos permitimos respetuosamente postular que, para mantener la congruencia entre lo resuelto recientemente por la SCJN en su interpretación de la sentencia del Caso Radilla de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,[70] tendría que confirmar que existe un corpus constitucional formado por normas contenidas en el

[70] Tesis LXV/2011, Pleno.

texto mismo de la Constitución, en los diversos tratados de derechos humanos de los que México sea parte, y en la jurisprudencia de sus intérpretes últimos.

Además, el artículo 1º constitucional establece la obligación de proteger y garantizar los derechos conforme a los principios de indivisibilidad y progresividad. Interpretar que las normas de derechos humanos contenidas en tratados tienen un nivel jerárquico inferior a la Constitución sería *dividir* el bloque de constitucionalidad y adoptar una medida *regresiva* violatoria de dicho precepto.

Como se explicará más adelante, el efecto pernicioso de la contradicción de tesis 293/2011 consiste en que resolvió que las normas de derechos humanos contenidas en tratados no tienen rango constitucional cuando no coincidan con alguna restricción a algún derecho contenida en la propia Constitución, lo que producirá, sin duda, un efecto por demás inconveniente, pues la disposición más benéfica del tratado dejaría de ser vigente en la esfera mexicana, aunque permanecería en pleno vigor frente a los sujetos de derecho internacional con los que se hubiera celebrado el tratado.

Si se presentara el indeseable caso de que una norma contenida en un tratado internacional sobre derechos humanos fuera contradictoria con una norma que estableciera una restricción a un derecho humano contenida en la Constitución, y llegara tal asunto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ordenaría a México reformar su Constitución, tal como ha sucedido en ocasiones anteriores, por ejemplo con la película *La última tentación de Cristo*.[71] Sin embargo, el mensaje que ha dado la SCJN con la contradicción de tesis 293 y el expediente Varios 1396, es que esa determinación no tendría que ser cumplida. Más aún, el mensaje fue dado con claridad, en la resolución al expediente Varios 1396/2011, en el que la SCJN indicó que si bien es cierto que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el Estado mexicano, "en el entendido de que, si alguno de los deberes del fallo implica el desconocimiento de una restricción constitucional debe prevalecer ésta, en términos de lo determinado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 293/2011".[72]

Como se ha señalado anteriormente, en el caso de posibles contradicciones entre un tratado y alguna ley federal o local, la SCJN ha resuelto que debe prevalecer lo previsto en el tratado por las razones ya expuestas, salvo por la aplicación del principio *pro persona*, al que ya nos hemos referido con amplitud, pero reiteraremos a continuación.

[71] Caso *"La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile,* sentencia de 5 de febrero de 2001.

[72] Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2015.

En caso de que se presentara una contradicción entre lo previsto en dos o más tratados de los que México sea parte y que versen sobre la misma materia, la regla que debe aplicarse es la derivada del principio *pro persona*, ahora contenido de manera explícita en el artículo 1º constitucional, que consiste en que debe aplicarse la norma que favorezca más al individuo afectado, independientemente de la jerarquía de las normas en cuestión, de que se trate de una norma especial derivada de un tratado sinalagmático frente a uno normativo, o de que se trate de un cuerpo normativo posterior frente a otro anterior.

El sistema jurídico mexicano establece el principio general de supremacía constitucional respecto de los tratados internacionales de los que México sea parte. Como principio especial, a partir del texto vigente del artículo 1º constitucional, las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales tienen rango constitucional.

Por tanto, en caso de que se dé una contradicción entre la Constitución y una norma contenida en un tratado internacional, si aquella protegiera en mayor medida el derecho respectivo, se deberá aplicar la Constitución. Si la norma contenida en el tratado contradijera una "restricción" contenida en la Ley Fundamental, por desgracia, de acuerdo con lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011, no debe prevalecer la norma que brinda mayor protección a la persona, sino la que restringe el derecho.

En caso de contradicción entre dos o más tratados internacionales de índole sinalagmática, no existe un problema de jerarquía de normas, sino que la cuestión debe resolverse bajo el principio *lex specialis*.

En caso de contradicción entre un tratado internacional de índole sinalagmática y una ley federal o local, no existe un problema de jerarquía, sino que el caso deberá resolverse también en aplicación del principio *lex specialis*.

En caso de contradicción entre dos o más tratados internacionales normativos sobre derechos humanos, no existe un problema de jerarquía de normas, sino que la cuestión debe resolverse bajo el principio *pro persona*.

En caso de contradicción entre un tratado internacional normativo sobre derechos humanos y una ley federal o local que no sea resoluble conforme al principio *pro persona*, prevalecerá el precepto del tratado internacional.

En caso de que se diera una contradicción entre un precepto constitucional y una cláusula de un tratado internacional sobre derechos humanos, el conflicto normativo debería resolverse mediante "interpretación conforme" y con respeto al principio *pro persona*. Sin embargo, como ya se ha dicho varias veces, la SCJN, en su resolución de

la contradicción de tesis 293/2011, dio un paso regresivo de grandes dimensiones y efectos negativos incalculables.

Por un lado, la SCJN señala:

> Si se parte de la premisa de que ya existía un catálogo constitucional de derechos humanos, lo relevante de la reforma constitucional para efectos del presente estudio consiste en que *incorpora* los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales a ese mismo catálogo. En este sentido, a partir de que los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico mexicano, resulta irrelevante la fuente u origen de un derecho humano, ya sea la Constitución o un instrumento internacional, toda vez que el artículo 1º constitucional pone énfasis exclusivamente en su integración al catálogo constitucional.
>
> De acuerdo con las consideraciones precedentes, la nueva conformación del catálogo de derechos humanos no *puede ser estudiada en términos de jerarquía*, pues la reforma constitucional modificó el artículo 1º precisamente para integrar un catálogo de derechos y no para distinguir o jerarquizar esas normas en atención a la fuente de la que provienen. Esta conclusión se refuerza si se considera que el artículo 1° constitucional, además de determinar las fuentes de reconocimiento de los derechos humanos, incorpora criterios hermenéuticos para la solución de posibles antinomias frente a la posible duplicidad en la regulación de un derecho humano.[73]

Más adelante señala, en esta misma dirección:

> Así, de un análisis del procedimiento legislativo se desprenden las siguientes conclusiones en relación con la intención y finalidad del Constituyente al aprobar las reformas en comento: (i) se buscaba que los derechos humanos, independientemente de que su fuente sea la Constitución o los tratados internacionales, conformaran un solo catálogo de *rango constitucional*; (ii) se pretendió que el conjunto de los derechos humanos vincule a los órganos jurisdiccionales a interpretar no sólo las propias normas sobre la materia, sino toda norma o acto de autoridad dentro del ordenamiento jurídico mexicano, erigiéndose como *parámetro de control de regularidad constitucional*; y (iii) se sostuvo que no sólo las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos constituyen ese parámetro de regularidad constitucional, sino *toda norma de derechos humanos*, independientemente de que su fuente sea la Constitución, un tratado internacional de derechos humanos o un tratado internacional que aunque no se repute de derechos humanos proteja algún derecho de esta clase.[74]

Sin embargo, da al traste con todo lo anterior al señalar:

> Como expresamente se estableció en el artículo 1° constitucional, en México todas las personas son titulares tanto de los derechos humanos reconocidos en la Constitución como de los previstos en los tratados internacionales que sean ratificados por el Estado mexicano, lo que significa que, con motivo de la reforma constitucional, los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales se han in-

[73] Engrose de la sentencia Contradicción de Tesis 293/2011, p. 30.

[74] *Ibidem*, p. 45.

tegrado expresamente a nuestro ordenamiento jurídico interno, para *ampliar el catálogo constitucional* de derechos humanos, **en el entendido de que, derivado de la parte final del primer párrafo del propio artículo 1º constitucional, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional**.[75]

En nuestra opinión, la SCJN erró contundentemente en su interpretación de la palabra "restringirse" contenida en el artículo 1º constitucional. La palabra "restringirse", tal como es utilizada por ese precepto, se refiere en forma conjunta con el concepto de suspensión de derechos. Veamos:

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

Es decir, los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados no pueden restringirse ni suspenderse más que en los términos que la propia Constitución establezca. El artículo 1º no podía referirse a otra cosa más que a lo señalado en el artículo 29 constitucional, que establece lo que sigue:

> **Artículo 29.** En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá **restringir o suspender** en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la **restricción o suspensión** tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.
>
> En los decretos que se expidan, **no podrá restringirse ni suspenderse** el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
>
> La **restricción o suspensión** del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

[75] *Ibidem*, p. 37. Énfasis añadido.

> Cuando se ponga fin a la **restricción o suspensión** del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.
>
> Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la **restricción o suspensión**, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.[76]

Como puede observarse, el lenguaje utilizado por los artículos 1º y 29 es perfectamente consistente. Se refiere a las circunstancias en las que pueden restringirse o suspenderse derechos. No se refiere el artículo 1º constitucional a cualesquiera otras restricciones contenidas en otros lados de la Constitución, sino exclusivamente a lo previsto en el artículo 29. Es decir, a los casos en que pueden restringirse o suspenderse derechos cuando sea necesario hacer frente a una situación de emergencia, para lo cual se requiere un procedimiento exigente contemplado en el propio artículo 29, y además, sin que puedan restringirse ni suspenderse los derechos que este precepto establece como de carácter insuspendible.

Parece absolutamente incomprensible que la SCJN haya llegado a la conclusión a la que llegó, cuando a todas luces era claro que cuando el artículo 1º hablaba de la posibilidad de restringir o suspender derechos en los términos que la Constitución estableciera, se estaba refiriendo a la suspensión o restricción de derechos solo en las circunstancias previstas en el artículo 29, dentro de su alcance, con respeto a sus procedimientos y sin poderse restringir o suspender los derechos ahí listados.

Pero nuestra opinión no tiene ninguna validez. Por desgracia lo que prevalece es la perniciosa decisión a la que arribó la Suprema Corte en la tesis 293/2011, con carácter de jurisprudencia.

Para erradicar de nuestro sistema jurídico esa dañina interpretación, la propia SCJN tendría que cambiar sus criterios o el Poder Legislativo reformador de la Constitución deberá enmendarle la plana, como lo ha hecho en otras ocasiones.

[76] Énfasis añadido.

1. Investigue, en las constituciones española, alemana, francesa y otras dos constituciones europeas de su elección, el nivel jerárquico que en los sistemas jurídicos de dichos países tienen los tratados internacionales, y en particular los tratados internacionales sobre derechos humanos.
2. Indique las constituciones que por sí mismas, o por conducto de la jurisprudencia, colocan a los tratados internacionales sobre derechos humanos: *a)* por encima de la propia Constitución del país; *b)* al mismo nivel que la Constitución del país; *c)* por debajo de la Constitución del país.
3. Indique y explique la interpretación conjunta de los artículos 1º y 133 constitucionales, y el resultado de dicha interpretación, al aplicar consistentemente el principio hermenéutico *lex specialis*.
4. Explique por qué la Constitución y los tratados internacionales son ordenamientos de aplicación nacional.
5. Explique lo que de acuerdo con la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se entiende por "parámetro de control de regularidad constitucional" y cuál sería la excepción al mismo.

Bibliografía

Aguilar Cuevas, Magdalena, "Las tres generaciones de los derechos humanos", *Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, número 30, abril de 1998.

Aizenstatd Leistenschneider, Najman Alexander, "La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp. 3-23.

Arellano García, Carlos, *Primer curso de Derecho internacional público*, 4a. ed., Porrúa, México, 1999.

Bassiouni, M. Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2a. ed., Kluwer Law International, La Haya, 1999.

Bazdresch, Luis, *Garantías constitucionales. Curso introductorio*, Trillas, México, 1983.

Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, UNAM, México, 1993.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1998, parte primera, capítulo I.

Buergenthal, Thomas, *Derechos humanos internacionales*, Gernika, México, 1996.

_____, "The advisory practice of the Inter-American Human Rights Court", *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1999.

_____, "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court", *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985.

Burad, Viviana, *La discriminación inversa o positiva y el derecho a la igualdad para el colectivo sordo*, Mendoza, 2009 (http://www.cultura-sorda.eu).

Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 17a. ed., Porrúa, México, 1985.

Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. ed., Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LV Legislatura, México, 1994.

Cançado Trindade, Antônio Augusto, Gérard Peytrignet y Jaime Ruiz de Santiago, *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana, Direitos humanos, Direito humanitário, Direito dos refugiados*, coedición del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Comité Internacional de la Cruz Roja y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, San José, Costa Rica-Brasilia, 1996.

Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, México, 2005.

_____, "Breves reflexiones sobre los derechos sociales", *Derechos económicos, sociales y culturales*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2005.

Carpizo, Jorge, "Comentario al artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. ed., LV Legislatura, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, México, 1994, tomo XII.

Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1991.

Castañeda, Jorge, "Valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas", *Obras completas*, t. I, Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos, Secretaría de Relaciones Exteriores, El Colegio de México, México, 1995.

Chinkin, Christine M. y J. P. Gardner, *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, junio de 1997.

Clark, Belinda, "The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women", *The American Journal of International Law*, vol. 85, núm. 2, 1991.

Comisión de Derecho Internacional, *Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-eighth Session*, 6 de mayo-26 de julio de 1996, Documentos oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, LI periodo de sesiones, suplemento número 10.

Corte Internacional de Justicia, "Reservations to the Convention on Genocide", *Advisory Opinion, ICJ Reports*, 1951.

Cossío Díaz, José Ramón, "Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución", *Estudios jurídicos en homenaje a Felipe Tena Ramírez*, Porrúa, México, 1999, pp. 89-121. También está disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/127/14.pdf

Crawford, James, *Second report on State responsibility*, Organización de las Naciones Unidas, International Law Commission, 30 de abril de 1999.

_____ y Phillip Allott, *Outline of the Course of History and Theory of International Law*, LLM Michaelmas Term, Cambridge, 1997, seminario 1.

Diccionario jurídico mexicano, Serie E-Varios, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Porrúa, México, 1995.

Diez de Velasco, Manuel, *Las organizaciones internacionales*, 10a. ed., Tecnos, Madrid, 1997.

Donnelly, Jack, *Derechos humanos universales en teoría y en la práctica*, 2a. ed., parte III, Gernika, México, 1998.

Dugard, John, *International Law. A South African Perspective*, Juta & Co., Kenwyn, 1994.

Enciclopedia jurídica Omeba, Driskill, Buenos Aires, 1992.

Falk, Richard, *Human Rights and State Sovereignty*, Holmes and Meier Publishers, Nueva York, 1984.

Fariñas, María José y André-Jean Arnaud, *Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico,* colección Cursos, número 4, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil,* capítulo 2, Trotta, Madrid, 1999.

Fix Fierro, Héctor, "Comentarios al artículo 1º constitucional", *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, tomo I, Cámara de Diputados, LV Legislatura, México, 1996.

Fix-Zamudio, Héctor, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos,* 2a. ed., Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1999.

Freedman, Rosa, *The United Nations Human Rights Council: A Critique and Early Assessment*, Routledge Taylor & Francis Group, Londres y Nueva York, 2013.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho,* 29a. ed., Porrúa, México, 1978.

García Ramírez, Sergio y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011),* 3a. ed., UNAM, Porrúa, México, 2013.

Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional (Estudio histórico crítico),* UNAM, México, 1982.

González de la Vega, Geraldina, "Discriminación e interés legítimo, la construcción de un nuevo estándar", *Nexos*, 11 de junio de 2014.

González Morfín, Efraín, "Analogía, ser del derecho y ser de la sociedad", *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 6, 1974.

_____, *Derechos humanos; curso modular a distancia; video y cuaderno de trabajo,* Asociación Mexicana de Promoción y Cultura Social, A. C., Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, México, 1997.

_____, *Temas de filosofía del derecho,* Oxford University Press, México, 1999.

González Uribe, Héctor, *Teoría política,* capítulos VIII, "Diversos conceptos del Estado", y XV, "Estado soberano y sumisión al derecho", 8a. ed., Porrúa, México, 1992.

Gros Espiell, Héctor, "Los derechos humanos y el derecho internacional, 1968-1977", en *Jurídica,* 10-II, UTA, México, 1978.

Guastini, Riccardo, "Derechos. Una contribución analítica", *Problemas actuales de los derechos fundamentales,* colección Monografías, núm. 6, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994.

Handbook for Victims of Serious International Crimes in the EU. Your rights to access support, advice and justice, International Federation for Human Rights, Redress (Ending Torture, Seeking Justice for Survivors) y Trial (Track Impunity Always), 2014. Disponible en: http://www.redress.org/downloads/publications/1411Victims%20Handbook.pdf

Hobbes, Thomas, *El leviatán,* Fondo de Cultura Económica, México, 1940.

Imbert, P. H., "Reservations and human rights conventions", *The Human Rights Review* (Londres) 6:28-60, primavera de 1981.

Jacobs, Francis G., *The Effect of Treaties in Domestic Law*, United Kingdom National Committee of Comparative Law, vol. 7, Sweet & Maxwell, Londres, 1987.

Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado,* 2a. ed., Compañía Editorial Continental, México, 1958.

Jiménez, Lelia, "Hacia el pleno reconocimiento de los derechos culturales", *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, Octavio Cantón J. y Santiago Corcuera C. (coords.), Porrúa-Universidad Iberoamericana, México, 2004.

Juste Ruiz, José, "Las obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional público", *Estudios de derecho internacional, homenaje al profesor Miaja de la Muela*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1979.

Lauterpacht, Hersch, *An International Bill of the Rights of Man*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

Le Fur, L., J. T. Delos, G. Radbruch y A. J. Carlyle, *Los fines del derecho, bien común, justicia, seguridad*, UNAM, México, 1975.

Lewis-Anthony, Sian, "Treaty-Based Procedures for Making Human Rights Complaints within the UN System", *Guide to International Human Rights Practice*, 3a. ed., Hurst Hannum, Transnational Publishers, Ardsley, Nueva York, 1999.

MacDonald, R. St. J., "The charter of the United Nations and the development of fundamental principles of international law", *Contemporary Problems of International Law: Essays in honour of Georg Schwarzenberger on his eightieth birthday*, Stevens & Sons Limited, Londres, 1988.

Malem Seña, Jorge Francisco, *De la imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2005.

Manili, Pablo Luis, "El tiempo de los derechos; la tendencia internacional y la experiencia argentina", *Memoria del seminario internacional: Derechos humanos, jerarquía normativa y obligaciones del Estado*, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, México, 2014.

Marks, Susan, "Reservation Unhinged. The Belilos Case Before the European Court of Human Rights", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 1990.

Martin, Francisco Forrest y otros, *International Human Rights Law & Practice, cases, treaties and materials*, Kluwer Law International, Cambridge, Ma., 1997; parte primera, capítulo I.

Martínez Bullé-Goyri, Víctor M., "Reforma constitucional en materia de derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIV, núm. 130, enero-abril de 2011.

Mayer, J. P., *Trayectoria del pensamiento político*, capítulo VII, "La sociedad y el pensamiento político en Francia", 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1961.

Medina Mora, Raúl, "El artículo 133 constitucional y la relación entre el derecho interno y los tratados internacionales", *Pemex-Lex*, núms. 75-76, México, septiembre-octubre de 1994.

Méndez, Juan E. y Francisco Cox (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998.

Michelis Pérez Correa, Dino, *Los tratados internacionales y la supremacía constitucional*, tesis profesional de licenciatura en derecho, Universidad Iberoamericana, México, 1998.

Montesquieu, Barón de (Carlos de Secondat), *El espíritu de las leyes*, Río Pedras, Editorial Universitaria, Puerto Rico, 1964.

Noriega, Alfonso, *La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917*, UNAM, Coordinación de Humanidades, México, 1967.

Núñez y Escalante, Roberto, "Régimen jurídico internacional que concedería el máximo valor y la máxima protección a los derechos humanos", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 4, núm. 4, 1980.

Oraá Oraá, Jaime, "En torno al valor jurídico de la Declaración Universal", *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.

Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público*, capítulo 2, 2a. ed., Oxford University Press, México, 2000.

_____, *Derecho internacional público*, 3a. ed., Oxford University Press, México, 2004.

Pastor Ridruejo, José Antonio, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 6a. ed., Tecnos, Madrid, 1996; capítulo II.

_____, "La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el *Ius Cogens* internacional", en *Estudios de derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1979.

Patiño Manffer, Ruperto, "Comentario al artículo 133", *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. ed., LV Legislatura, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, México, 1994.

Peces Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, colección Cursos, núm. 3, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995.

Pereznieto Castro, Leonel, "El artículo 133 constitucional: una relectura", *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 25, t. II, México, 1995.

Portilla Gómez, Juan Manuel, "¿Justicia en los Balcanes? El fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre el genocidio en Bosnia", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM, vol. VIII, 2008.

Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, 9a. ed., Jus, México, 1978.

Ragazzi, Maurizio, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford Monographs in International Law, Clarendon Press, Oxford, Nueva York, 1997.

Ramcharan, B. G., "State responsibility for violations of human rights treaties", *Contemporary Problems of International Law: Essays in Honour of Georg Schwarzenberger on his Eightieth Birthday*, Stevens & Sons Limited, Londres, 1988.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1992.

Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos*, ONU-OEA, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1994.

_____, *Las reservas formuladas por México a instrumentos internacionales sobre derechos humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1996.

Rosenne, Shabtai, (comp. y ed.), *The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility*; parte 1, arts. 1-35, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Academic Publishers, Amsterdam, 1991.

Rousseau, J. J., *El contrato social*, colección Nuestros Clásicos, UNAM, México, 1962.

Ruiz de Santiago, Jaime, *Naturaleza y fines del derecho*, Universidad Iberoamericana, México, 1978.

Ruiz Munilla, Jesús, "Las acciones colectivas en el derecho mexicano", *El mundo del abogado*, año 14, núm. 147, julio de 2011.

Ruiz Rodríguez, Virgilio, *Legislación de derechos humanos a partir de 1945*, Universidad Iberoamericana, México, 1995.

Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 4a. ed., Porrúa, México, 1978.

Schwebel, Stephen M., "The treatment of human rights and of aliens in the International Court of Justice", en Vaughan Lowe y Malgosia Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996.

Schwelb, Egon, "The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter", en *American Journal of International Law*, vol. 66, núm. 4, 1972.

Seminario Nacional Agenda del Desarrollo 2006-2020, módulo "Desarrollo incluyente: derechos y políticas sociales", Miguel Ángel Porrúa (librero-editor), México, 2007.

Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, primera parte, capítulo 4, 5a. ed., Porrúa, México, 1973.

Sepúlveda, Magdalena y otros, *Human Rights Reference Handbook*, 3a. ed., University of Peace, San José, 2004.

_____, "La necesidad de adoptar un protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2005.

Sherman, Edward F., Jr., "The U.S. death penalty reservation to the international covenant on civil and political rights: Exposing the limitations of the flexible system governing treaty formation", *Texas International Law Journal*, invierno de 1994.

Simon, René, *Moral*, 4a. ed., Herder, Barcelona, 1981.

Sperduti, Giuseppe, "Dualism and monism: A confrontation to be overcome", *Estudios de derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1979.

Stammler, Rudolf, *La esencia del derecho y de la ciencia del derecho*, La Universidad, Córdoba, 1958.

Steiner, Henry J. y Philip Alston, *International Human Rights in Context, Law, Politics, Morals*, Clarendon Press, Nueva York, 1996.

Stuart Mill, John, "De la libertad", *De la libertad. Del gobierno representativo. La esclavitud femenina*, Tecnos, Madrid, 1965.

Tamayo y Salmorán, Rolando, "Dogmática y teoría moral", *Isonomía, Revista de teoría y filosofia del derecho*, núm. 4, ITAM, abril de 1996.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 17a. ed., Porrúa, México, 1980.

"US Restatement: US Rest, 3rd", *Restatement of the Foreign Relations Law of the* USA, American Law Institute, Washington, 1987.

Vázquez Pando, Fernando Alejandro, "Jerarquía del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá en el sistema jurídico mexicano", *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio. Memorias*, Universidad Iberoamericana, México, 1992.

Verdoot, Albert, *Declaración universal de los derechos del hombre, nacimiento y significación*, Biblioteca Mensajero, Editorial Mensajero, Bilbao, 1969.

Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, 6a. ed., Aguilar, Madrid, 1982.

_____, "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 60, 1966.

Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed., Porrúa, México, 1982 y 1983.

Virally, Michel, "El valor jurídico de las recomendaciones de las organizaciones internacionales", *El devenir del derecho internacional. Ensayos escritos al correr de los años*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

Índice analítico

Acreedor, 29

Acta de *Habeas Corpus*, 98

Acuerdo, 122

Antecedentes

de la formación del Estado, 7

de los derechos humanos en el derecho internacional, 98

Asamblea General de las Naciones Unidas, 51, 97, 112, 114

composición, 112

Asuntos del interés de la humanidad, 21, 98, 105

Avances hacia la exigibilidad de los derechos sociales, 50

Bien común, 4, 32, 36, 37

Carta

de las Naciones Unidas, 110, 112, 139, 142, 159

de San Francisco, 97, 98, 101, 139, 141, 142

Magna, 23, 32, 34, 35, 98

Casos

Barcelona Traction, 126

Belilos, 159, 164, 169, 171

Blake, 125, 183

Bosnia-Herzegovina vs. Serbia y Montenegro, 131

Cantos vs. Argentina, 68

Ivcher Bronstein, 126, 178, 185

Loizidou vs. Turquía, 160, 164, 169, 171, 176

Radilla Pacheco vs. México, 57, 89, 153, 158, 164, 165, 169

Yatama vs. Nicaragua, 62

Cláusulas naturales del mandante popular, 10

Código

Civil Federal, 52

Civil para el Distrito Federal, 13

de Comercio, 200, 232, 233

Federal de Procedimientos Civiles, 52

Penal Federal, 99

Supremo, 23

Comisión

de Derechos Humanos, 104

Interamericana sobre Derechos Humanos, 56, 63, 68, 76, 123, 125, 126, 143, 144, 153

Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo, 105

Consejo de Derechos Humanos, 114
Consentimiento, 119
Constitución, 6, 16, 23, 27, 33-35, 38
argentina, 215
colombiana, 212
composición, 6
de Bolivia, 214
de Chile, 216
de Costa Rica, 214
de El Salvador, 218, 219
de Granadinas, 221
de Guatemala, 217
de Guyana, 221
de Jamaica, 221
de San Vicente, 221
de Venezuela, 219
derechos humanos en la, 193
dogmática, 23, 24
ecuatoriana, 214
es ley, 23
estadounidense, 219, 220
formación, 6
hasta antes de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, 221
hondureña, 215, 218
ordenación, 6
orgánica, 23
paraguaya, 219
partes de la, 23
peruana, 213, 215
Política de los Estados Unidos Mexicanos, 53, 147, 151, 192, 241
Contrato(s), 29
accesorios, 28
Control de convencionalidad, 56
Convención
Americana sobre Derechos Humanos, 62, 63, 67, 68, 75, 76, 90, 110, 123, 149, 151, 157, 174, 181, 203, 243
contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 51, 77, 123, 149, 156, 180, 204, 205
de Viena
en materia de reservas y *jus cogens*, interpretación integral, 164
sobre el Derecho de los Tratados, 21, 83, 84, 90, 99, 121, 136, 137, 140, 152, 155, 163, 166, 170, 236
sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, 83, 122
sobre la Celebración de Tratados en Materia de Denuncia y Retiro de Tratados, 181
Interamericana para la eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, 206
Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 205
Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 152, 179, 205
Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, 123
Internacional contra el Apartheid en los Deportes, 148, 203
Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, 26, 51, 77, 136, 205

Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 51, 104, 149, 179, 204
Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 51, 151, 180, 205
Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, 148, 203
para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 125, 149, 204
para Reducir los Casos de Apatridia, 151
Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, 146
sobre el Estatuto de los Apátridas, 151
sobre la Condición de los Extranjeros, 153
sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 51, 150, 157, 178, 204
sobre la Esclavitud, 102
sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, 151, 205
sobre los Derechos Políticos de la Mujer, 104, 150, 204
sobre Nacionalidad, 153
Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, 104, 203
Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, 146, 179
Convenio, 122, 124
Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 21, 22
para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, 148, 204
relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso, 148, 203
relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, 148, 204
relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo Igual de Valor, 204
sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios, 149, 204
sobre el Fomento de la Negociación Colectiva, 149
sobre el Trabajo Forzoso, 101
sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, 149
sobre la Política del Empleo, 149
sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, 205
sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 149, 204
Corpus, 39
Corte
Interamericana de Derechos Humanos, 62, 68, 89, 90, 110, 111
Internacional de Justicia, 110, 155
Corriente(s)
doctrinales sobre el nivel jerárquico de los tratados internacionales, 221
dualista, 210, 212
internacionalista, 210
monista, 210
nacionalista, 210

Costo por voto, 46
Costumbre, 104
inveterata consuetudo, 107
jurídica, 107
opinio iuris seu necessitatis, 107
partidas y, 106
Crimen(es)
apartheid, 133
de Estado, 131, 134-136
de lesa humanidad, 135
internacionales, 132, 134

Datos reales, 15
Declaración(es), 110
de Beijing en materia de Derechos de la Mujer, 105
de El Cairo en Materia de Derecho al Desarrollo, 105
inherentes a la persona humana, 103
Universal de los Derechos Humanos, 39, 41, 100, 104, 108, 109, 113, 142, 202
y Programa de Acción de Viena, 40, 105, 114, 156
Denuncia de tratados sobre derechos humanos, 173
Derecho(s), 1-4, 7, 33, 35, 93, 193, 194
a la revolución, 198
a votar, 86
civiles, 9, 13, 17, 39, 43, 45, 47, 48
clasificación de los, en generaciones, 38
colectivo, 42-44, 48
Comité de, Económicos, Sociales y Culturales, 51, 118
como sistema de normas, 2
constitucionales, 1, 2, 6, 7, 23, 27, 93
corporativo, 7
culturales, 13, 39, 44, 45
de los pueblos indígenas, 194
de primera generación, 36, 39, 40, 45-47
de segunda generación, 39, 40, 45, 47
económico, 13, 39, 45
estatal, 14
fundamentales del ser humano, 11, 12, 100
iguales, 103
individuales, 13, 42
actio popularis, 42
class action, 42
humanos, 2, 93, 100
internacional, 93, 94, 100
interno, 217
normativo, 2, 5, 94
objetivo, 2, 5, 94-96
políticos, 13, 39, 43, 45, 47, 48
positivo, 14
principios generales, 109
privado, 7, 24, 28, 31
público, 24, 30, 37
sociales, 13, 14, 39, 41, 43-45, 50
exigibilidad de los, 50
subjetivo, 2, 93
vigente, 14
viviente, 14
Derecho constitucional, 1, 2, 6, 7, 9, 23, 27, 93
cláusulas naturales, 10
de los derechos humanos como rama del derecho público, 24
mandato popular, 9, 10
poder especial, 10
soberanía, 8, 21, 22, 27, 98, 100

Derecho internacional, 84, 93, 96, 100
como sistema de normas, 91
consuetudinario, 108
de los derechos humanos, 91, 100, 103
conformación del, 101
humanitario, 101
jus cogens, 99, 105, 130, 136, 138-146, 155, 159, 163, 172
jus dispositivum, 138, 166
orden jurídico internacional, 94
público, 103, 107
sistema, 94
Derechos humanos, 1, 2, 24, 26, 32, 93, 100
antecedentes, 100
clasificación de los tratados sobre, 202
Comité de, 118
Comisión Nacional de los, 50
Comité contra las Desapariciones Forzadas, 118
Comité de los Derechos del Niño, 118, 150
Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 118
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 118
Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 118
Comité sobre Trabajadores Migratorios, 118
Subcomité para la Prevención de la Tortura, 118
denuncia de tratados sobre, 178
eficacia de los, 25
en el derecho internacional, 98
antecedentes, 98
en la Constitución, 188
en las leyes del Congreso de la Unión, 193
en las leyes expedidas por las legislaturas locales, 201
en tratados internacionales de los que México es parte, 196
stricto sensu, 111, 201
fundamentales en la Carta Magna, 197
generaciones de, 128
instrumentos internacionales de los, 25, 41, 56
jerarquía de las normas sobre, 173, 191, 209
marco jurídico mexicano de los, 191
muerte, 199
personas morales, 69
responsabilidad estatal por incumplimiento de tratados sobre, 128
tienen el carácter de *jus cogens*, 139, 142, 144, 155
tratados de, en el nivel constitucional, 215
violación, 25-27, 37, 50, 61, 69, 75, 86, 114

Estado(s), 7, 9-12, 26, 46-48
antecedentes en la formación del, 7
democrático, 18
no son soberanos ante compromisos perentorios, 137
Estatuto
Constitutivo, 23
de Gobierno del Distrito Federal, 206
de la Corte Internacional de Justicia, 99, 104, 106, 109, 111

de Roma de la Corte Penal Internacional, 205
Examen Periódico Universal, 113

Factores reales del poder, 13
Falsedades de la división de las generaciones, 39
Fiador, 29
Formación del Estado, 7, 8, 18, 38, 98

Garantía(s), 27, 28, 30, 33, 35-37, 73, 198, 201, 240
constitucionales, 1, 27, 30, 32, 34
de los derechos, 28, 35
en el derecho privado, 28, 30
en el derecho público, 30
obligación, 14, 34, 36, 37
responsabilidad, 29, 30, 36
individuales, 27, 30, 32-34, 69
denominación de las, 34
irrenunciabilidad de las, 34
o derechos constitucionales, 27
para su protección, 27
personales, 29
reales, 29
Generaciones, falsedades de la división de las, 39

Hechos del Estado internacionalmente ilícitos, 132, 133

Individuo, 30, 65
o persona, 65
Institutos electorales, 46
Instrucciones de los mandantes, 13, 16
Instrumentos no vinculantes *stricto sensu*, 110
opiniones consultivas, 112
Intelectuales, 54
Interdependencia, 124
Interés(es)
de la humanidad, 16, 98, 105, 136, 139
jurídico, 53, 54, 56, 59
legítimo, 53, 56, 59-62, 64
público, 17

Jerarquía de las normas sobre derechos humanos, 173, 204
aspectos generales, 204
Jurisprudencia, 108
jus cogens, 21, 84, 99, 105, 106, 109, 136
alcance del concepto, 135
contra reservas, 142
del interés de todos, 139
emergencia de normas, 159
reglas de, 139, 140
y los derechos humanos en la Carta de San Francisco, 136
internacional, 136
Justicia social, 12, 43, 47, 48
conmutativa, 12
distributiva, 12, 43, 47, 48

La última tentación de Cristo, película, 244
Legislación instrumentante, 211
Ley
Agraria, 200
de Amparo, 69
de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 201
de Asociaciones Religiosas y Culto Público, 200
de Expropiación, 200
de Inversión Extranjera, 233
de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 201
de la Propiedad Industrial, 201
de Migración, 200
de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, 52
del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, 200
del Seguro Social, 200
Federal de Cinematografía, 199
Federal de Competencia Económica, 52, 201
Federal de Educación, 199
Federal de Protección al Consumidor, 52, 201
Federal de Radio y Televisión, 199
Federal del Derecho de Autor, 201
Federal del Trabajo, 147, 199, 200
General de Instituciones y Procedimientos Electorales, 199-201
General de Población, 151
General de Salud, 199, 200
General de Sociedades Mercantiles, 200
General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 200
General de Víctimas, 200
General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, 52
General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, 201
Orgánica del Poder Judicial de la Federación, 52
Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, 234
Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, 200
sobre Delitos de Imprenta, 199
sobre la Celebración de Tratados, 222
Ley(es), 23
código supremo, 23
federales y tratados con igual jerarquía, 221
Fundamental, 23
implementantes, 225
instrumentantes, 225
reformadas, 52
reglamentarias de la Constitución, 223
no emanan de ella, 229
que emanen de ella, 224, 229, 230
Licitud en el objeto y en el fin, 122, 133
Límites
de la democracia, 18
del mandato constituyente, 18

Mandatario constituyente, 11
Mandato popular, 9, 10, 18
cláusulas naturales del, 10
Manual para víctimas de delitos graves internacionales, 135
Marco jurídico mexicano de los derechos humanos, 186
Mecanismos
convencionales, 113
extraconvencionales, 112

Medidas provisionales, 111
Moral autolimitada, 4

Naturaleza jurídica de los tratados Internacionales sobre derechos humanos, 118
Norma(s)
de jus cogens, 105
de orden público internacional, 136, 139
del interés de la humanidad, 105
federal, 232
in fieri, 114
locales, 232
nacionales, 192, 232
sobre derechos humanos, jerarquía de las, 209
aspectos comparativos en América, 212
vinculantes, 103

Objeto de los tratados sobre derechos humanos, 120
Obligaciones *actio popularis*, 129
Oficinas de Presencia en el Terreno y de Cooperación Técnica, 115
Opiniones consultivas, 117
Orden jurídico
internacional, 94-96
público, 17
mexicano, cuestión jerárquica de las normas en el, 237
Organización
de las Naciones Unidas, 96, 112
Internacional del Trabajo, 101

Pacto
de San José, 145, 184, 185, 187, 203
Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 44, 76, 104, 114, 123, 127, 144, 146, 147, 152, 160, 172, 174, 178, 181, 184, 187, 203
Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 43, 44, 51, 104, 114, 123, 147, 178
Personas morales, 69
Poder(es)
constituido, 23
fundador, 23
Internacional, 95
Constituyente, 10, 13, 23, 27, 36, 38
límites impuestos, 20
revisor, 36
especial, 10
Judicial de la Federación, 58
Legislativo, 27, 95, 192, 225, 232, 235, 248
Prenda, 28, 29
Principio(s)
de indivisibilidad, 38
de interdependencia, 38
de *jus cogens*, 99, 109, 130, 136, 138, 139, 142, 143, 146, 164, 168, 172, 210, 236
de no intervención, 101
de progresividad, 38
de relatividad o Cláusula Otero, 65
de supremacía, 81
de universalidad, 38
generales de derecho, 107
lex specialis, 245
pro homine, 73, 76, 214
pro persona, 59, 72, 75-79, 88, 84, 86-90, 94, 214, 218, 242, 244, 245

Problemas de las reservas a tratados sobre derechos humanos, 151
Procedimientos
cuasijurisdiccionales, 116
especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 115
mandatos por país, 115
mandatos temáticos, 115
Proclamación de Teherán, 105, 114
Progresividad, 38
Protocolo
a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la abolición de la pena de muerte, 152
adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Políticos y Culturales, 152
Pueblos indígenas, 44

Reciprocidad, 124, 175
Reconocimiento de la personalidad de los mandantes, 11
datos reales, 15
Reforma constitucional sobre derechos humanos, 82
Reservas, 120, 122, 146
a cláusulas optativas, 170
contra *jus cogens*, 146
por una interpretación integral de la Convención de Viena en materia de, 168
ratione loci, 175, 176
ratione materiae, 175, 176
ratione temporis, 175
tratados que implícitamente permiten, 147
tratados que permiten expresamente, 149
Responsabilidad estatal por incumplimiento de tratados sobre derechos humanos, 125
Segunda Guerra Mundial, 101
Sentencia de sobreseimiento, 54, 55
Sindicatos, 200
Sistema(s)
dualistas, 215
mexicano, 216
Soberanía, 98, 137
de los Estados, 210
estatal, 99, 174
nacional, 22, 98, 136
popular, 8, 18, 22, 95, 98
titular de la, 8
y los intereses de la humanidad, 96, 100, 105
Sociologización, 5, 14, 15
Solidaridad, 29
Subsidiariedad, 29
Suprema Corte de justicia de la Nación, 58, 60, 63, 78, 248

Teoría de las generaciones, 38
Tiranías de las mayorías, 16
Tratado(s), 104
a la vez regionales y especiales, 200
a la vez regionales y generales, 198
a la vez universales y generales, 198
a la vez universales y especiales, 198
con mayor jerarquía que las leyes federales, 224

de derechos humanos
en el nivel constitucional, 209
en el nivel de las leyes ordinarias, 214
en el nivel intermedio entre la Constitución y las leyes ordinarias, 211
en el nivel supraconstitucional, 207
doble efecto jurídico de los, 224
especiales en cuanto al derecho protegido, 203
especiales en cuanto al grupo humano protegido, 203
generales contra especiales, 197
internacionales integrantes del sistema jurídico mexicano, 217
marco regulatorio aplicable a los, 222
no nato, 83, 84
no pueden versar sobre materias de la competencia de los congresos, 230
normativos, 106, 162, 165, 245
pueden versar sobre cualquier materia, 229
que prohíben reservas, 146
sinalagmáticos, 106
sobre derechos humanos
clasificación de los, 202
denuncia de, 178
objeto y fin de los, 124
problema de las reservas a, ante instancias internacionales, 155
responsabilidad estatal por incumplimiento de, 128
supraconstitucional, 212
universales contra regionales, 197
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 38
Triplicidad de estratos de aplicación de las leyes, 225

Violaciones graves, 106, 131, 132
Voluntad democrática, 18