

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO

APUNTES PARA UN ESTUDIO JURISPRUDENCIAL Y UN ESBOZO SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

AGUSTÍN VALENCIA LÓPEZ*

Resumen

Los tratados o las declaraciones internacionales sobre derechos humanos vienen a configurarse como parámetros ultra-legislativos que tienen una prevalencia que rebasa sin mayores contratiempos a las Cartas Constitucionales, porque demandan categóricamente a los Estados nacionales la tutela efectiva del ser humano ante los agravios provenientes de los actos u omisiones de las autoridades y de los particulares.

Summary

Treaties or international human rights declarations are configured as ultra-legislative parameters that have a prevalence that exceeds without major setbacks the Constitutional Letters because they demand categorically the nation-states the effective protection of human beings with grievances from the acts or omissions of the authorities and individuals.

* Capacitador en Materia de Derechos Humanos para la Comisión de los Derechos Humanos.

I. Preliminar

A mi juicio, la Suprema Corte mexicana debe considerar al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un nuevo parámetro de constitucionalidad para resolver satisfactoriamente todos los casos difíciles que pueden presentarse en torno a la protección de los derechos fundamentales (es decir, aquellos asuntos cuya solución no está prevista por el derecho positivo o legislado).

Hasta hoy, nuestro Máximo Tribunal se ha negado a sostener con firmeza, esto es, con el carácter de jurisprudencia, la tesis atinente a la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos o Declaraciones que enfatizan, *inter alia*, el lenguaje de los derechos consustanciales del ser humano, pues sólo ha reconocido en diversas tesis aisladas que los primeros pueden tener una jerarquía supralegal¹ o un grado de prevalencia de tipo constitucional,² pero no ha señalado qué tipo de jerarquía normativa ha de atribuirse a las demás fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (como la Costumbre Internacional, las sentencias y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo). Estos criterios limitados, como puede advertirse claramente, están lejos de resolver los siguientes problemas: *i*) ¿los derechos humanos fundamentales se adscriben a las personas físicas y jurídicas solamente en virtud de una Constitución Federal o Estatal?; *ii*) ¿los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y una Constitución Nacional carecen necesariamente de un “punto de convergencia o interconexión”?; *iii*) ¿en el caso *sub examine*, tanto el Derecho Internacional Convencional como el Derecho Internacional Consuetudinario se colisionan *eo ipso* con la *Lex Superior*?, y *iv*) ¿el principio *pacta sunt servanda* no impide la declaratoria de inexecutable (inconstitucionalidad) de algún Tratado Internacional de Derechos Humanos?

Para superar estos desafíos de índole constitucional, nuestra estrategia partirá del análisis de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ya que será necesario explicitar cómo debe observarse “el principio *pacta sunt servanda*” en el caso *sub dis-*

¹ Cfr., *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo X, Noviembre de 1999, Tesis P. LXXVII/99, p. 46.

² Cfr., *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, Febrero de 2007, Tesis 1ª.LIX/2007, p. 632; *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, Julio de 2008, p. 457, y *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, Agosto de 2008, Tesis I.7º.C.46 K, p. 1083, de rubro: “DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS.”

cussio. Además, intentaremos aplicar las directivas de la “teoría de los sistemas” para sostener la existencia de un “punto de convergencia o interconexión” entre la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Asimismo, haremos un estudio y balance de los derroteros que han seguido en esta materia los jueces constitucionales de Argentina, Colombia y Costa Rica, pues han considerado que las Convenciones, Pactos y Declaraciones de Derechos Humanos integran un verdadero “bloque de constitucionalidad”.³ Por último, revisaremos los criterios de la Suprema Corte mexicana sobre la jerarquía suprallegal del Derecho Internacional Convencional,⁴ con el propósito de hacer notar los avances

³ Esta categoría en el derecho comparado ha sido objeto de un examen permanente, pues la selección del material jurídico que la conforma —por ejemplo, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Costumbre Internacional y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH” o “la Corte Interamericana”)— no siempre está fundada en una metodología uniforme, toda vez que los criterios que se han esgrimido para señalar cuáles son los elementos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, obedecen a distintas razones que se han enfatizado en Latinoamérica para tratar de investigar seriamente las violaciones a los derechos humanos, especialmente aquéllas que se verificaron en las dictaduras civiles y militares de la segunda mitad del siglo XX. en su totalidad, Vega, Juan Carlos *et. al.* (Dir.), *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Astrea, Buenos Aires, 1996. Para muestra un botón: hasta el momento, la Corte Constitucional de la República de Colombia no ha manejado una línea argumental constante para sustentar la adscripción *ex novo* del Derecho Internacional Convencional en el “bloque de constitucionalidad”, pues ha considerado que tanto las Convenciones sobre Derechos Humanos como los Tratados Internacionales que establecen los límites territoriales del Estado Colombiano, tienen la misma jerarquía constitucional, sin precisar claramente las razones que pueden explicitar esta clasificación extraña. *Cfr.*, Ramelli Arteaga, Alejandro, “Sistema de fuentes del Derecho Internacional Público y “bloque de constitucionalidad”: recientes desarrollos jurisprudenciales”, en Montealegre Lynett, Eduardo (Coord.), *Anuario de Derecho Constitucional. Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 65 y ss. Con el fin de superar esta incertidumbre jurídica, intentaremos hacer una tarea propia de la jurisprudencia dogmática constitucional para sistematizar los principios que fundamentan la adscripción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este bloque.

⁴ Con frecuencia se observa que los Tribunales de la Federación conceden cierta importancia al Derecho Internacional Convencional para resolver distintos juicios de amparo; *cfr.*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, Abril de 2007, p. 6; sin embargo, todavía no se preocupan seriamente por la aplicación de las Resoluciones de las Naciones Unidas (en adelante “la ONU”) sobre Derechos Humanos (Costumbre Internacional o Derecho Internacional Consuetudinario) en los casos sometidos a su jurisdicción, ya que suelen desestimar el rango constitucional que deben tener estos materiales jurídicos frente a los actos u omisiones del poder público y de los particulares, por lo que la solución a los diversos litigios en México puede ser mucho mejor si aceptamos la jerarquía constitucional de los siguientes documentos que precisan el lenguaje de la Costumbre Internacional: i) la Declaración Universal de los Derechos Humanos; ii) los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley; iii) el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley; iv) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; v) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), entre otros. Más adelante examinaremos los fundamentos que pueden justificar nuestro criterio en este punto álgido.

conceptuales que han logrado sus ministros y los problemas que han dejado de resolver en sus diversos fallos.

II. El principio *pacta sunt servanda* en el caso *sub examine*

Actualmente se acepta que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Senado de la República han de cumplirse en sus términos. Como se sabe, todos los compromisos establecidos en estos materiales jurídicos son insoslayables, por lo que las autoridades del Estado nacional no pueden esgrimir pretexto alguno para dejar de observarlos. Por tanto, el principio *pacta sunt servanda* se traduce en la obligación de implementar de buena fe este tipo de tratados en un sistema jurídico determinado.

En palabras de la Comisión Internacional de Juristas:

El principio *pacta sunt servanda* es un principio general de derecho internacional y universalmente reconocido, acorde al cual los Estados deben ejecutar de buena fe los tratados y las obligaciones internacionales que dimanen de éstos. Este principio se aplica igualmente a las obligaciones que tiene el Estado en virtud del Derecho internacional consuetudinario. Este principio general del derecho internacional tiene como corolario que las autoridades de un país no pueden invocar obstáculos de derecho interno para sustraerse a sus obligaciones internacionales. La existencia de normas constitucionales, legislativas o reglamentarias no puede ser invocada para no ejecutar obligaciones internacionales o para modificar su cumplimiento. Este es un principio general del derecho de gentes reconocido por la jurisprudencia internacional...⁵

Como puede notarse, el principio *pacta sunt servanda* aplica igualmente a las obligaciones que dimanen de la Costumbre Internacional (Derecho Internacional Consuetudinario), ya que los Estados nacionales han de respetar y garantizar indefectiblemente el ejercicio de los derechos fundamentales en su jurisdicción.⁶ De esta manera, las Resoluciones de la ONU sobre Derechos Humanos no deben soslayarse en ningún mo-

⁵ Memorial en Derecho *Amicus Curiae* presentado ante la Corte Constitucional de la República de Colombia sobre el Acto Legislativo N° 2 de 2003 “por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar al terrorismo”, acápite número 11.

⁶ Artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

mento por las autoridades y los particulares,⁷ toda vez que: a) constituyen materiales jurídicos del Derecho Internacional Consuetudinario que tienen pleno sentido y plena autenticidad, y b) nada hay que lleve a suponer que las sentencias de los tribunales nacionales o las normas internas pueden considerarse como un pretexto válido para inobservar las reglas de la Costumbre Internacional. Pero, ¿cuál es el fundamento para exigir su plena operatividad en el caso *sub lite*? Veamos, el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia formula las fuentes del Derecho Internacional Público, haciendo referencia a la Costumbre Internacional como "... la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho", ya que se ha considerado que las Convenciones Internacionales no pueden establecer por sí solas "todos los estándares pertinentes" para resolver los problemas que suelen llegar a los estrados de la justicia internacional; esta insuficiencia normativa nos obliga a responder las siguientes preguntas: i) ¿quién o quiénes pueden realizar ciertas prácticas constitutivas de la Costumbre Internacional?, y ii) ¿en qué momento la *opinio juris* de los Estados nacionales ha de configurarse como un punto de partida adecuado para sostener la adscripción de esta fuente del Derecho Internacional Público al bloque de constitucionalidad? I. Debe decirse categóricamente que son los Estados nacionales los que pueden forjar ciertas prácticas atinentes a la Costumbre Internacional, sobre todo cuando deciden condenar las violaciones a los derechos humanos que se presentan en diversas partes del mundo. II. Si esta condena se hace valer en los foros internacionales, tal como sucede en las deliberaciones de la Asamblea General de la ONU, de inmediato se percibe la *opinio juris* (la convicción jurídica) de los Estados nacionales en esta materia, pues frecuentemente hacen notar que los derechos consustanciales de la persona humana han de tutelarse sin cortapisa alguna, independientemente si se han firmado o no Tratados Internacionales en este rubro.⁸ A partir de este momento, el contenido de

⁷ A este respecto, es conveniente precisar que la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares representa un tema extraño para México, pues la legitimación pasiva en el juicio de amparo se atribuye solamente a "las autoridades responsables"; *cf.*, artículo 5º, fracción II, de la Ley de Amparo. Hasta hoy se mantiene una resistencia velada en esta materia, ya que no se ha legislado sobre la procedencia del amparo contra actos u omisiones de particulares, por lo que las violaciones al derecho de rectificación o respuesta de quienes resultan afectados por ciertos medios de comunicación privados, tanto impresos como electrónicos, por citar un ejemplo, pueden gozar todavía de impunidad. Como se ve, esta reticencia es inconsistente con la Opinión Consultiva N° 18, acápite 140, de la Corte IDH, dado que no tenemos mecanismos procesales reconocidos en la *Lex Superior* que garanticen nuestros derechos constitucionales frente a los agravios provenientes de actos u omisiones de particulares. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, p. 135; Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, 332 pp., y Salgado, Alf Joaquín, *et. al.*, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 2003, 484 pp.

⁸ *Cfr.*, Ortiz Ahlf, Loretta, "Capítulo I. Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en Martín, Claudia *et. al.* (Coords.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Distribuciones Fontamara, México, 2005, pp. 24 y ss.

la *opinio juris* puede tomarse en cuenta para incorporar a la Costumbre Internacional en el bloque de constitucionalidad, dado que las Resoluciones de la ONU sobre Derechos Humanos, contrario a lo que parece, sí exigen seriamente el respeto y la tutela de los derechos fundamentales.

Cabe señalar que la obligatoriedad de la Costumbre Internacional puede deducirse, por ejemplo, del artículo 3° de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante Resolución 3452 (XXX), de fecha 9 de diciembre de 1975, cuyo texto dice:

Ningún Estado permitirá o tolerará tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Como se ve, la Costumbre Internacional prohíbe categóricamente cualquier violación a la integridad personal aun en estados de emergencia o excepción, esto es, en casos graves como “el estado de guerra o amenaza de guerra”, por lo que una excepción a este deber jurídico internacional se antoja indefendible. De lo anterior se advierte que el Derecho Internacional Consuetudinario deplora todo acto u omisión de las autoridades (e inclusive de particulares) que implique una vulneración de la integridad personal, ya que reprueba enfáticamente la práctica de la tortura o cualquier atentado en contra de la dignidad inherente al ser humano, tanto “en tiempos de paz” como en el contexto de los conflictos armados internos o internacionales. En consecuencia, la Costumbre Internacional debe tener fuerza jurídica plena en México, dado que exige una tutela eficaz de nuestros derechos humanos.

Por otro lado, pocos ponen en tela de juicio el carácter obligatorio del Derecho Internacional Convencional, pues los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establecen la prohibición de invocar las sentencias de los tribunales nacionales o las disposiciones de índole constitucional del derecho interno de los Estados para dejar de cumplir las obligaciones contraídas en estos instrumentos internacionales. Dada la claridad de esos preceptos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina resolvió que:

... la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado (...) asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de

dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27.⁹

Esto significa que el Derecho Internacional Convencional ha de implementarse indefectiblemente en sede judicial, ya que sus normas buscan la cooperación decidida de los Estados nacionales para tutelar los derechos consustanciales de la persona humana. Por ello, la misma Corte dijo:

... cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata...¹⁰

De ahí que las disposiciones internas y las sentencias nacionales han de guardar concordancia con los tratados ratificados por el Estado contratante.

Más tarde, en *Fallos*: 328:2056 (2005), la Corte Suprema de Argentina destacó que "... el Estado (...) ha asumido frente al derecho internacional (...) una serie de deberes de jerarquía constitucional, que se ha ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de condonar u omitir la persecución [de las violaciones a los derechos humanos]",¹¹ por lo que "... la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos..."¹²

Como puede notarse, la justicia nacional ha de seguir las directivas del orden jurídico interamericano para resolver, *inter alia*, cómo deben interpretarse las normas jurídicas atinentes a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos de la Organización de Estados Americanos (en adelante "la OEA"), y cuáles serían las garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales idóneas para protegerlos eficazmente.

En otro orden de ideas, la Corte Interamericana ha señalado en su Opinión Consultiva N° 2 que la ratificación de los tratados sobre Derechos Humanos obliga a los Estados nacionales a proteger a sus habitantes, puesto que esos instrumentos internacionales se han firmado con el objetivo de garantizar plenamente el ejercicio de los derechos fundamentales en

⁹ *Fallos*: 315:1492 (1992), considerando 19.

¹⁰ *Ibid.*, considerando 20.

¹¹ Considerando 15. El agregado es nuestro.

¹² Considerando 17.

cada país signatario.¹³ Por ello es importante resaltar que la tutela de los derechos humanos en sede judicial debe guiarse por el principio *pro homine*, pues la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre si se trata de sus derechos protegidos. De lo anterior se deduce que el problema relativo a la existencia de ciertas dudas sobre la procedencia del juicio de amparo en un caso difícil, esto es, en un conflicto no regulado parcial o totalmente por el derecho positivo o legislado, no debe resolverse necesariamente en perjuicio del quejoso o agraviado. En México se ha dado un avance significativo en esta materia, ya que el magistrado Jean Claude Tron Petit resolvió el amparo directo 202/2004 con el siguiente criterio:

PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA. El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir 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 noventa 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.¹⁴

No hay duda de que la interpretación de las normas del Derecho Internacional Convencional, que debe hacerse a la luz del principio *pro homine*, nos puede ayudar a superar cualquier *impasse* constitucional que eventualmente pueda presentarse en un sistema jurídico dado. Pero si se aprueba una reforma constitucional en México para impedir el ejercicio de un derecho fundamental, ¿tenemos la posibilidad de impugnar esta modificación inopinada y antojadiza a la *Lex Superior*?, y ¿cuáles serían los preceptos de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que pueden fundamentar nuestra pretensión? Las respuestas son poco fáciles y discordantes en nuestro país, ya que la justicia federal ha rechazado *in limine* las demandas de amparo que se han promovido en contra de reformas y adiciones a la Constitución Nacional, pues ha considerado que "... en el concepto leyes a que aluden los artículos 103 de la Constitución Federal y 1º. de la Ley de Amparo, ambos en su fracción I, no se comprende el de

¹³ Serie A N° 2.

¹⁴ *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo XXI, Febrero de 2005, Tesis Aislada I.4º.A.464 A, p. 1744.

la Ley Suprema, o sea la Constitución...”,¹⁵ por lo que toda impugnación a las reglas constitucionales debe desecharse por ser notoriamente improcedente, dado que no hay una directiva en la misma *Lex Superior* para hacer lugar a una demanda con ese objetivo. Sin embargo, este criterio se abandonó ostensiblemente en el “amparo Camacho”,¹⁶ pues la Suprema Corte mexicana emitió la siguiente tesis aislada:

REFORMA CONSTITUCIONAL, AMPARO CONTRA SU PROCESO DE CREACIÓN. PROCEDE POR VIOLACIÓN A DERECHOS POLÍTICOS ASOCIADOS CON GARANTÍAS INDIVIDUALES. La interpretación del contenido del artículo 73, fracción VII, de la Ley de Amparo, en relación con jurisprudencias sustentadas en el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lleva a determinar que por regla general, el juicio de amparo en que se pretendan deducir derechos de naturaleza política es improcedente, siendo excepción a lo anterior la circunstancia de que el acto reclamado, además de tener una connotación de índole política, también entrañe la violación de derechos subjetivos públicos consagrados en la propia Carta Magna. Por tanto, tratándose de ordenamientos de carácter general con contenido político-electoral, incluidos los procesos de reforma a la Constitución, para la procedencia del amparo se requiere necesariamente que la *litis* verse sobre violación a garantías individuales, y no solamente respecto de transgresión a derechos políticos, los cuales no son reparables mediante el juicio de garantías.¹⁷

¹⁵ Queja 4/83 relacionada con el juicio de amparo 410/82, promovido por Carlos Abedrop Dávila y coagraviados.

¹⁶ En este tema polémico, la Suprema Corte no ha sido congruente, ya que titubea constantemente en uno o en otro sentido, ya sea para admitir ciertas demandas de amparo que controvierten algunas reformas a la *Lex Superior* que se consideran antojadizas o para rechazar otras *in limine*, como ha sucedido con las relativas a controversias constitucionales. He aquí un botón de muestra: las impugnaciones de 2001 a la reforma constitucional en materia indígena —como se sabe— fueron desestimadas sin más, ya que la Suprema Corte de Justicia dijo que “... el Constituyente estableció la posibilidad de adicionar o reformar la propia Ley Fundamental a través de las instituciones representativas de la voluntad de la nación Mexicana, sin dar intervención directa al pueblo, esto es, *no se prevé medio de defensa alguno para impugnar el contenido de una modificación constitucional, ya que ello atentaría contra el sistema establecido...*”; *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo XVI, Tesis 2ª. CLXI/2002, Noviembre de 2002, p. 455. (Las cursivas son nuestras. Amparo en revisión 123/2002. Comunidad Indígena de Zirahuén, Michoacán, Municipio de Salvador Escalante, Michoacán. 4 de octubre de 2002. Cinco votos a favor de los resolutivos; mayoría de tres votos a favor de las consideraciones. Disidentes: Juan Díaz Romero y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón). Sin embargo, consideramos necesario precisar que nuestro Máximo Tribunal retomó hace poco el criterio que sostuvo en el “amparo Camacho”, pues conforme lo hace notar el diario “El Universal” del 29 de septiembre de 2008, resolvió que a través del juicio de amparo sí puede cuestionarse el proceso legislativo que se siguió para aprobar una reforma a la Carta Magna si el quejoso estima que dicho proceso fue irregular o estuvo viciado de origen.

¹⁷ Amparo en revisión 1334/98. 9 de septiembre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón.

Aunque esta tesis representó en su momento un avance sin precedentes, nuestro optimismo desaparece después de hacerse un análisis muy detallado de su contenido, pues como puede advertirse, los derechos políticos, a pesar de ser fundamentales, no son reparables a través del juicio de amparo, salvo que la vulneración de esos derechos incluya la transgresión de garantías individuales, lo que acontece cuando se imponen restricciones injustificadas al derecho de votar y ser votado por medio de un procedimiento viciado de reformas a la Constitución; esto es, se exige la coexistencia de agravios tanto a un derecho político como a una garantía individual¹⁸ (*i. e.*, la de seguridad jurídica, la cual se hizo consistir, en el caso que estamos comentando, en el trámite correcto del procedimiento de las reformas a la *Lex Superior*, toda vez que los presuntos errores que se cometieron en esa tarea fueron considerados como la causa suficiente para admitir la demanda en el “amparo Camacho”). Dado que las reformas constitucionales que vulneran los derechos políticos no son pasibles de una deseable revisión judicial a través del amparo, la Suprema Corte mexicana debería corregir este criterio para observar el principio *pacta sunt servanda* que rige la aplicación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, pues la negativa a proteger los derechos fundamentales en los casos difíciles constituye simplemente una fórmula vacía.¹⁹

¹⁸ En México, la mayoría de los operadores jurídicos (jueces, magistrados, ministros y abogados) usan más el concepto de “garantía individual” en lugar del término “derecho fundamental” haciendo un claro deslinde entre el primero y los derechos políticos, ya que estos últimos están reconocidos en un título diverso de la Constitución Federal, por lo cual, la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana ha considerado que cualquier violación específica a los derechos políticos es inatendible en el juicio de amparo. Para comprobar nuestro punto de vista, no podemos resistirnos a señalar un botón de muestra: **“DERECHOS POLÍTICOS. VIOLACIÓN DE.** La violación a los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales, no sólo en los casos en que las autoridades gozan de facultades soberanas, discrecionales, en materia de derechos políticos, sino en términos absolutos.” *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo LXXXVII, p. 887. Amparo administrativo en revisión 9047/45. Castro J. Medardo y coags. 1° de febrero de 1946. Unanimidad de votos. Relator: Franco Carreño. Este criterio, como se ha visto anteriormente, no ha sido modificado en los estrados de la justicia federal.

¹⁹ En el acápite 92 de la Sentencia de 6 de agosto de 2008, correspondiente al caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, la Corte Interamericana dijo que: “... no es en sí mismo incompatible con la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] que un Estado limite el recurso de amparo a algunas materias, siempre y cuando provea otro recurso de similar naturaleza e igual alcance para aquellos derechos humanos que no sean de conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo”; y agregó: “Ello es particularmente relevante en relación con los derechos políticos, derechos humanos de tal importancia que la Convención Americana prohíbe su suspensión así como la de las garantías judiciales indispensables para su protección”. De lo anterior se advierte que la improcedencia del juicio de amparo en relación a las violaciones de los derechos políticos, que suelen concretarse sobre todo en las campañas electorales, puede ser válida si, y sólo si, el agraviado o quejoso dispone de “otro recurso de similar naturaleza e igual alcance” para que la autoridad judicial analice los méritos de su demanda, lo que a todas luces no acontece en el país, ya que el juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos, que puede promoverse en los estrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, no constituye un recurso sencillo,

Para nosotros, el “amparo Camacho” fue emblemático 1996, toda vez que impugnó las reformas constitucionales que modificaron la estructura política y jurídica del Distrito Federal, de conformidad con los antecedentes que siguen:

Manuel Camacho Solís, a partir de 1988 y hasta 1993, se desempeñó como jefe del Distrito Federal; con posterioridad ocupó la Secretaría de Relaciones Exteriores; enseguida fue designado como comisionado para la paz en Chiapas. Por razones que no viene al caso invocar, disintió del sistema, se separó del partido oficial e intentó hacer vida política propia; por ello y por otras razones, fue acosado y marginado.

En 1996 se cambió la estructura jurídica del Distrito Federal prevista en la Constitución; una de las novedades fue la de hacer electivo el cargo de jefe de gobierno; uno de los aspirantes naturales a ocupar el cargo era Manuel Camacho; había que impedirle el que pudiera hacerlo, se consideraba que de acceder a ese cargo, la próxima meta que él se propondría sería alcanzar la presidencia de la República al margen o aun en contra del partido oficial.

Para impedirle acceder al cargo de jefe de gobierno, se introdujo en el proyecto de iniciativa la siguiente cláusula: “... y no haber desempeñado anteriormente el cargo de Jefe de Gobierno del Distrito Federal con cualquier carácter”.²⁰

Por ello, se cuestionó en forma velada el artículo noveno transitorio de la reforma al artículo 122 constitucional, cuya redacción señala:

El requisito a que se refiere el párrafo segundo de la fracción I de la BASE SEGUNDA, del apartado C del artículo 122, que prohíbe acceder a Jefe de Gobierno si hubiese desempeñado tal cargo con cualquier carácter, debe entenderse aplicable a todo ciudadano que haya sido titular de dicho órgano, aunque lo haya desempeñado bajo distinta denominación.

Como puede verse, el agravio más grotesco consistió en impedir a Manuel Camacho el ejercicio del derecho fundamental a postularse como candidato a Jefe de Gobierno del Distrito Federal en el proceso electoral

rápido y efectivo en este caso, acorde a lo establecido por el artículo 25 de la Convención Americana, en virtud de que este tipo juicio no constituye la vía idónea para examinar, como lo sostuvo la Corte Interamericana, la no conformidad de la ley electoral con la Constitución, pues no admite que los ciudadanos tengan, con independencia de los partidos políticos, el carácter de parte (o “legitimación activa”) para que su caso sea atendible. Por ello, consideramos que México tiene una agenda pendiente en este tema, ya que todavía no se ha trabajado seriamente para legislar, de una vez por todas, a favor de la procedencia del amparo electoral, con las acotaciones correspondientes, o para que “otro recurso de similar naturaleza e igual alcance” sea viable en este caso, como lo exige la Corte Interamericana en el fallo citado *supra*.

²⁰ Arteaga Nava, Elisur, “El amparo Camacho. La impugnación de una reforma constitucional”, en *Alegatos*, número 46, México, septiembre/diciembre de 2000, p. 516.

de 1997; este candado político, inexplicable en el contexto de una sociedad democrática, desveló que la reforma constitucional *sub examine* era violatoria en sí misma del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud de que las autoridades del Estado mexicano decidieron soslayar las obligaciones internacionales de respetar y garantizar los derechos fundamentales en su jurisdicción. Sin embargo, como apunta Elisur Arteaga Nava:

El agravio no estuvo en que se le privó de un derecho político por virtud de la reforma, sino en el hecho de que, por haber sido aprobada esa misma reforma en forma irregular,²¹ se atentó, en su perjuicio, y en el

²¹ Las principales irregularidades planteadas en el “amparo Camacho” fueron las que siguen: i) la iniciativa de reforma constitucional fue formulada y presentada en forma conjunta por diputados y senadores, lo cual era un verdadero despropósito, ya que “... a los diputados sólo les es dable ejercer su derecho de iniciar ante su propia Cámara; lo mismo sucede con los senadores, a ellos sólo les es dable ejercer su derecho de provocar la acción del poder legislativo en su propia Cámara. El principio existe con el propósito de que no se desvirtúe el proceso legislativo, que busca, por (...) virtud del concurso de dos pareceres diferentes, que una iniciativa se enriquezca y, en su caso, afloren sus vicios y defectos; ese propósito no se alcanza o se desvirtúa en el momento en que se inicie en la Cámara de Senadores o viceversa. El criterio diferenciador está encaminado, también, a evitar se violen las prelación que respecto de ciertas materias se establecen a favor de determinada Cámara, como son las siguientes: [p]relación existente a favor de la Cámara de Diputados para conocer, como cámara de origen, respecto de iniciativas que versen sobre empréstitos, reclutamiento de tropas, impuestos, solicitudes de desafuero y acusaciones respecto de violaciones a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, que ellos cometan en el desempeño de sus cargos (artículos 72, inciso h, 109, 110 y 111 constitucionales)” (Arteaga Nava, Elisur, *op. cit.*, p. 530), y ii) también se consideró inconstitucional la iniciativa *sub examine*, pues la presentación de ésta en forma conjunta por el presidente de la República y por integrantes de ambas Cámaras del Congreso de la Unión vulneró “el principio de división de poderes”, habida cuenta que “[e]n el artículo 71 constitucional, que es el que regula el derecho de iniciativa ante el Congreso de la Unión, hay tres apartados, cada uno de ellos referidos a tres titulares diferentes; a cada uno de ellos se atribuye una fracción propia. Esa circunstancia lleva a suponer que lo que se pretendió era establecer el principio de que deberían actuar cada titular por su cuenta, sin el concurso de otro de los titulares; cada fracción está separada por un punto y coma; en gramática ello implica el reconocimiento de titulares diferentes e independientes. (...) El imperativo tiene razón de ser; cuando en el artículo 49 [constitucional] se prevé el principio de división de poderes, como una fórmula para evitar arbitrariedades y precipitaciones, no podía más que establecerse en el artículo 71 una fórmula para que cada uno de los titulares del derecho de iniciar, por separado y en forma independiente, estuviera en aptitud de formular las iniciativas que, desde su punto de vista y tomando en consideración la naturaleza de las facultades y atribuciones que tienen conferidas, formulen las iniciativas susceptibles de ser presentadas al Congreso de la Unión por sí sin requerir del concurso de otro poder...” (*Ibidem*, p. 536; el agregado es nuestro). Estos argumentos o conceptos de violación, aunque eran correctos o fundados, fueron desestimados por la Suprema Corte mexicana, pues sostuvo los siguientes criterios: i) TESIS LXVIII/99, “**INICIATIVA DE REFORMA CONSTITUCIONAL. SU PRESENTACIÓN CONJUNTA POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y MIEMBROS DE AMBAS CÁMARAS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN NO PUGNA CON EL REQUISITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 71 CONSTITUCIONAL.** El citado precepto, en sus fracciones I y II, consagra la facultad de iniciativa de leyes y decretos a favor del Presidente de la República, Diputados y Senadores del Congreso de la Unión. En consecuencia, si una iniciativa es presentada ante la Cámara de Diputados por las citadas autoridades de manera conjunta, no pugna con el requisito de legitimación para hacerlo, porque quedan colmadas las hipótesis de competencia para la iniciación de leyes y de-

de todos los mexicanos, contra el principio de estado de Derecho y de seguridad jurídica.

La reforma no fue cuestionada por cuanto a que lo privaba de la posibilidad de presentarse como candidato, que es un derecho político, sino por cuanto a que contra él y contra todos, por virtud de una reforma irregular, se atentó contra esos principios que son de naturaleza fundamental.²²

Como se sabe, la *causa petendi* en el “Amparo Camacho” no podía deducirse de otra manera, pues como vimos anteriormente,²³ la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana considera que cualquier violación a los derechos políticos es un tabú insuperable, por lo menos a través del juicio de amparo; más aún si los agravios a esos derechos derivan de una reforma inopinada y antojadiza a la Constitución Federal, ya que, según el ministro Mariano Azuela Güitrón, “no se prevé medio de defensa alguno para impugnar el contenido de una modificación constitucional”. No sabemos realmente si el Pleno del Alto Tribunal se ha preguntado hasta qué punto este criterio pernicioso es válido para sostenerlo sin remordimientos, pero se observa todavía que el Poder Judicial de la Federación se niega veladamente a revisar muchas de sus tesis jurisprudenciales que hacen nugatorio el ejercicio de los derechos políticos, que por definición son fundamentales e irrenunciables; o al menos nos debe una explicación sobre las razones que nos impiden clasificarlos como fundamentales e indisponibles, y, sobre todo, no ha dicho por qué la jurisprudencia nacional en este caso ha sido incompatible con los fallos y opiniones consultivas de la Corte IDH, a pesar de los compromisos internacionales asumidos por el Estado

cretos, aun cuando los senadores pudieran carecer de facultades para actuar, pues no cabe duda que los restantes firmantes de la iniciativa sí la tienen, por lo que no puede existir violación procedimental en ese sentido”; y ii) TESIS LXIX/99, “**INICIATIVA DE LEYES Y DECRETOS. SU NATURALEZA JURÍDICA**. El examen sistemático del contenido de los artículos 71 y 72 de la Constitución, en relación con las disposiciones de la Ley Orgánica del Congreso de la Unión y del Reglamento para su Gobierno Interior, que se vinculan con el trabajo legislativo de dicho órgano, lleva a concluir que si bien es cierto que la iniciativa de leyes o decretos representa la causa eficiente que pone en marcha el mecanismo de creación de la norma general, para satisfacer y atender las necesidades que requieren cierta forma de regulación, también se observa que su presentación no vincula jurídicamente de ninguna forma el dictamen que al efecto llegue a presentar la Comisión encargada de analizarla, ni mucho menos condiciona el sentido de la discusión y votación que realicen los miembros de las Cámaras de Origen y revisora donde se delibere sobre el proyecto de que se trate, dado que los Diputados y Senadores válidamente pueden resolver en sentido negativo a la proposición legislativa, mediante un dictamen adverso, o bien una vez discutido éste y escuchadas las opiniones a favor y en contra de la iniciativa, a través de la votación que produzca el desechamiento o modificación del proyecto de ley o decreto sujeto a su consideración, pues es en estos momentos cuando se ejerce propiamente la facultad legislativa por los representantes populares, con independencia del órgano político que hubiese presentado la iniciativa que dio origen al proceso.”

²² *Ibidem*, p. 527.

²³ Nota al pie de página número 17.

mexicano para aplicar las directivas del orden jurídico interamericano en su jurisdicción.

Por otro lado, en lo que corresponde al rechazo *in limine* del amparo promovido en contra de reformas constitucionales antojadizas, enfatizamos que la justicia federal ha seguido, hasta el momento y especialmente en este caso, una línea argumental que mantiene fuera del control judicial al contenido de la Constitución Federal promulgada el 5 de febrero de 1917, incluyendo por supuesto a sus modificaciones posteriores, pues ha considerado, sin más, que el Poder Constituyente (tanto originario como derivado) carece de “ciertos límites,”²⁴ lo que permite inferir que puede modificar las cláusulas constitucionales *ad libitum*, esto es, a voluntad, sin que ningún poder constituido (como el judicial) esté habilitado para oponerse razonablemente a sus actos de autoridad. Como puede notarse, esta falta de juridicidad de las reformas constitucionales en México es un despropósito que no debemos tolerar más, ya que constituye un antivalor exclusivo de los regímenes autoritarios y despóticos.

Toda vez que una modificación constitucional inopinada y antojadiza ha de ser declarada inexecutable, inconstitucional o ineficaz a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los tribunales de la Federación están obligados a examinar todos los casos que tengan como planteo este problema constitucional, pues deben reivindicar —en todo tiempo y bajo cualquier circunstancia— los derechos fundamentales de los habitantes del país.

Sin embargo, ese criterio abusivo —que sostiene una y otra vez que el Poder Constituyente originario o derivado ha de ser ilimitado— fue determinante para desestimar el carácter justiciable de ciertos actos del Congreso Constituyente de Querétaro, ya que la jurisprudencia de la Suprema Corte soslayó, tangencial e indirectamente, las impugnaciones de algunas modificaciones constitucionales que eran completamente inconsecuentes con el mismo articulado de la *Lex Superior*,²⁵ por lo que ninguno se atrevió a plantear, específicamente en sede judicial, si el artículo 15 transitorio de la “nueva” Constitución era incompatible con el artículo 14 primer párrafo

²⁴ Sobre este tema, Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 24 y ss.

²⁵ Veamos la siguiente tesis para corroborar lo anterior: “**RETROACTIVIDAD DE LA LEY.** Si bien y de acuerdo con un precepto constitucional, ninguna ley debe tener aplicación retroactiva, esta regla no puede tener aplicación alguna, cuando el Poder constituyente determina lo contrario, ya que es de suponerse de que el mal que se pueda seguir a cualquier individuo con la inobservancia de esa regla general, tiene que posponerse al bien social perseguido por el propio legislador, al ordenar el quebrantamiento de esa regla.” *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Tomo XLI, p. 1292. Amparo administrativo en revisión 14715/32. Molina José Trinidad, sucesión de. 7 de junio de 1934. Unanimidad de votos. Relator: Jesús Guzmán Vaca.

de la misma Ley Fundamental, pues como se advierte de la lectura del primer precepto, el Poder Constituyente derivado autorizó a Venustiano Carranza para que expidiera una ley de responsabilidad civil en contra de "... los autores, cómplices y encubridores de los delitos cometidos (...) [en contra del] Gobierno Constitucionalista..." en el mes de febrero de 1913, con el firme propósito de aplicarla retroactivamente a todos sus enemigos políticos. Como se ve, este precepto "constitucional" transitorio no era razonable, pues estaba inspirado únicamente en la intención de perjudicar a toda costa a quienes fueran considerados como adversarios del régimen que surgió del llamado ejército constitucionalista. Ahora bien, si esta clase de venganzas nos hace pensar seriamente en las consecuencias que pueden derivar del carácter "ilimitado" del Poder Constituyente originario o derivado, así como de ciertos preceptos perniciosos de la "Constitución", ¿cómo ha de entenderse este último término en la actualidad, sobre todo cuando empieza a incorporarse, de algún modo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a nuestro sistema jurídico? Es importante hacer notar que su connotación restringida en la dogmática jurídica nacional ha estado motivada por la obsesión de identificar a la "Constitución" con un texto promulgado exclusivamente por una Asamblea o Congreso Constituyente. Pero es Rolando Tamayo y Salmorán quien nos explica claramente por qué prevalece este concepto restringido o limitado del término "Constitución" en nuestro país:

6. La constitución y el mito de la ley

a) Sus causas

Es condición de la dogmática constitucional que la "constitución" sea entendida como derecho. (Lamentablemente la doctrina constitucional, reduciendo su campo de aplicación de la expresión "derecho" ha limitado el fenómeno constitucional a cierto tipo (ideal) de "constitución".)

Para la doctrina constitucional el hecho de que la "constitución" se presentara por escrito, es de trascendental importancia puesto que siendo escrita *no puede tener otra forma que la de una ley* (los pactos o compromisos constitucionales habían sido superados por la idea de la soberanía popular).

Una de las notas características de la ley es su manifestación por escrito. Aún más, a partir del siglo XVIII, "ley" significa: "derecho escrito". La importancia de la ley escrita en el siglo XVIII, es que en combinación con su carácter impersonal y abstracto satisface el ideal del "estado de derecho". Además, los individuos se sienten obligados a "venerar" la legislación porque es una manifestación (más o menos inmediata) de la soberanía encarnada en los cuerpos legislativos.

Por otro lado, no hay que olvidar que el siglo XVIII fue la era del racionalismo. Entonces se creía posible determinar un cuerpo de normas

universalmente válidas e inmodificables, aplicables a todos los países, a partir del conocimiento de la naturaleza del hombre.

b) Sus efectos

Un gran sector de la doctrina constitucional —muy difundido entre nosotros— parte de la tesis de que el documento llamado “constitución” es la constitución. Así se expresa la doctrina: “sólo la constitución escrita es una auténtica constitución...”

Esta reducción ha provocado serias inconsistencias en la dogmática constitucional. Al traspasar la ecuación “ley = derecho” a “constitución escrita = derecho constitucional”, la dogmática constitucional restringe considerablemente su objeto de estudio. En vez de considerar otros fenómenos jurídicos, tales como convenciones y prácticas constitucionales, así como costumbres derogatorias, parte de la doctrina, cándidamente señala que lo que excede a la constitución (escrita) ocurre de “hecho” (implicando con ello que no es un problema jurídico).²⁶

Como puede advertirse, la expresión que dice: “... sólo la constitución escrita (es decir, la que promulga una Asamblea o Congreso Constituyente) es una auténtica constitución” debe descalificarse por reduccionista, pues excluye a otros materiales jurídicos, fenómenos o actos jurídicos (como al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por ejemplo) que pueden conformar un bloque de constitucionalidad o “una Constitución más allá de la Constitución escrita”, a fin de que los actos u omisiones de las autoridades y de los particulares sean analizados ampliamente por los operadores jurídicos (abogados, jueces, magistrados o ministros) con el objeto de que tales actos u omisiones sean declarados inconstitucionales o inexecutable por ser incompatibles con los tratados o declaraciones sobre derechos humanos.

Por otra parte, aunque puede decirse que la supremacía de la Constitución escrita en nuestro ordenamiento jurídico es un principio universalmente admitido por la dogmática constitucional,²⁷ el abuso de esta tesis no debe permanecer intocado en los estrados de la justicia nacional, pues, como se ha visto en la “vida institucional” de México, su utilidad se reduce a “justificar” hasta qué punto una modificación constitucional puede socavar los derechos fundamentales de quienes han de ser vulnerados por la clase política. Para revertir esta tendencia deleznable, debemos exigir tenazmente la juridicidad tanto del procedimiento de reformas a la Constitución Federal como del contenido de las modificaciones o adiciones aprobadas por el “Constituyente derivado”, ya que la Suprema Corte mexicana, al observar en este caso el principio *pro homine*, puede erigirse

²⁶ *Introducción al estudio de la Constitución*, Distribuciones Fontamara, México, 2002, pp. 218-219.

²⁷ *Cfr.*, Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, pp. 221 y ss.

definitivamente como el máximo custodio de los derechos humanos; pero además, debe admitir que las directivas internacionales que derivan tanto del orden jurídico interamericano como de la ONU hacen parte del bloque de constitucionalidad, toda vez que nuestro Alto Tribunal ha de examinar ampliamente qué tipo de actos u omisiones del poder público y de los particulares son exequibles a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la función judicial estará en condiciones de legitimarse correctamente en el contexto de una sociedad democrática, en virtud de que el bloque de constitucionalidad o la “Constitución más allá de la Constitución escrita”, ofrece una oportunidad sin parangón para que los jueces puedan posicionarse sólidamente como los garantes de los derechos constitucionales, sobre todo en un país —como el nuestro— donde aún la mayoría de la población está imposibilitada para definir su destino político, o al menos los contenidos de la Constitución escrita, pues únicamente el Presidente de la República, el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados pueden iniciar el procedimiento de formación y sanción de las leyes a nivel nacional.²⁸ Esto no significa, en modo alguno, que la función judicial pretenda introducir reformas de gran calado o nuevos códigos, pues siguiendo a Herbert Lionel Adolphus Hart:

... el poder jurídico creador que [se adscribe] a los jueces para regular casos dejados parcialmente no regulados por el derecho es diferente del [que dispone] una legislatura: no sólo porque los poderes del juez están sometidos a muchas restricciones que *estrechan* sus *opciones*, restricciones de las cuáles una legislatura podría estar completamente libre, sino porque, toda vez que los poderes del juez son ejercidos únicamente para casos particulares que surgen, no puede usarlos para introducir reformas de gran escala o nuevos códigos. De esta manera, sus poderes son intersticiales y sujetos a muchas limitaciones sustantivas. Como quiera que sea, habrá cuestiones donde el derecho existente no pueda proporcionar ninguna solución correcta y para resolver casos donde esto es así, el juez tiene que ejercer su poder jurídico creador. Sin embargo, el juez no tiene que hacerlo arbitrariamente: esto es, siempre debe tener alguna razón general que justifique su resolución y debe actuar como un legislador consciente lo haría al resolver de conformidad con sus propias creencias y valores. Pero, si el juez satisface estas condiciones, está facultado para seguir estándares o razones para pronunciar una resolución que no están dados por el derecho y pueden diferir de estándares o razones seguidos por otros jueces frente a casos difíciles similares.²⁹

²⁸ *Cfr.*, Artículo 71 de la Constitución Federal.

²⁹ *Post scriptum al concepto de derecho*, Traducción, estudio preliminar, notas y bibliografía por Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000, p. 56. Los agregados son nuestros.

Dado que la resolución de casos difíciles (esto es, de conflictos no regulados por el derecho positivo o legislado preexistente) debe establecer con autoridad diversas pautas sobre las pretensiones deducidas oportunamente en juicio, el poder jurídico creador de los jueces, específicamente en relación con la tutela de los derechos fundamentales, ha de seguir las directivas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a fin de superar satisfactoriamente cualquier *impasse* de carácter constitucional. Por consiguiente, podemos concluir que los materiales jurídicos que hacen parte del bloque de constitucionalidad sí constituyen un marco de referencia indispensable para dignificar el *estatus de persona* en los estrados de la justicia federal.

III. La Constitución escrita y el Derecho Internacional Convencional. Una aproximación a partir de la Teoría de los Sistemas

La relación que guardan la Constitución escrita y el Derecho Internacional Convencional es más estrecha de lo que se pensaba en México hace una década. Por ejemplo, se ha transitado de la jerarquía legal a la supralegal de los Tratados Internacionales en un periodo de 7 años, puesto que la Suprema Corte mexicana ha modificado sus criterios con relativa velocidad para resolver los recursos de revisión en los juicios de amparo que han tenido cierta "importancia pública imperativa".³⁰ Sin embargo, ¿hay razones contundentes para descartar el concepto de "bloque de constitucionalidad" en la jurisprudencia de nuestro país? ¿Cómo ha de proceder el Alto Tribunal para construir una línea argumental consistente con los fallos y opiniones consultivas de la Corte IDH? Primeramente, la justicia federal debe reconocer que la teoría de los sistemas ofrece diversas categorías que pueden explicitar la manera en que ha de adscribirse el Derecho Internacional Convencional al bloque de constitucionalidad. Y en segundo lugar, la misma Corte Suprema debe admitir que la cuestión a resolver, exclusivamente en estos casos controversiales, se reduce a la búsqueda de la armonización normativa entre la jurisprudencia nacional y las directivas del Derecho Internacional Convencional.

Es conveniente señalar, *ab initio*, que la interacción de los sistemas entre sí ha sido explicitada por modelos teóricos que pueden aplicarse *in integrum* al tema *sub discussio*, pues la vinculación que se ha establecido entre la Constitución escrita y el Derecho Internacional Convencional,

³⁰ El fallo publicado en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo XI, Marzo de 2000, pp. 442 y ss.

como de hecho se ha logrado con éxito en Argentina y Colombia, obedece especialmente a los principios *pro homine* y *pacta sunt servanda*, por lo que la congruencia necesaria entre éstos debe forjarse en los estrados de la justicia federal sin mayores contratiempos. Siguiendo esa tendencia internacional, y a propósito del bloque de constitucionalidad, es decir, de “la Constitución más allá de la Constitución escrita”, surgen las siguientes preguntas: *i*) ¿en qué medida ha de procurarse el equilibrio entre las pautas que derivan de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y el texto constitucional promulgado el 5 de febrero de 1917?; y *ii*) ¿cuáles serían las razones para buscar un punto de “interconexión” entre ambos materiales jurídicos que hacen parte del bloque de constitucionalidad? Niklas Luhmann asegura, al respecto, que los sistemas (*i. e.*, el político, el económico o el jurídico) consideran al equilibrio como un objetivo que deben alcanzar en cierto tiempo para superar periodos críticos o inestables; de ahí que la primera generación de la teoría de los sistemas, como él mismo la denomina, enfatice la metáfora del equilibrio para explicar por qué constituye un *fin* para cada sistema. Veamos:

Un primer modelo [dice Luhmann] podría quedar indicado con el diseño teórico que se orientó por la metáfora del *equilibrio*. Modernamente este modelo adquirió auge, ya que se vio influenciado por el empleo de funciones matemáticas. Aunque el principio conceptual del *equilibrio* se remonta a un diseño teórico que ya se había usado mucho antes de que el concepto de sistema adquiriera prominencia, y mucho antes, por tanto, de que se hablara de teoría general de sistemas.

(...)

La metáfora incluye una infraestructura o mecanismo mediante el cual el equilibrio puede mantenerse: armamentismo en el caso de conservación de las fronteras; manipulación de los precios, en la economía. Ya desde aquí es comprensible que todas las teorías que se sustentan conceptualmente en el concepto de equilibrio sean teorías de la estabilidad.

La metáfora alude también a un estado de fragilidad en la medida en que cualquier perturbación, si la imaginamos en una balanza, conduce al desequilibrio. Este diseño desarrolla, así, una alta sensibilidad frente a las perturbaciones y conduce a resultados que tratan de privilegiar el equilibrio. El modelo no es propiamente una teoría, sino la manifestación de un estado específico que deja percibir con claridad la relación entre estabilidad y perturbación.³¹

Como puede notarse, los sistemas suelen atravesar un periodo de inestabilidad o de crisis que les impulsa a privilegiar, después y temporal-

³¹ *Introducción a la teoría de los sistemas*, Universidad Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavijero, México, 2002, pp. 56-57.

mente, el equilibrio en relación con otros sistemas (en nuestro caso, puede entenderse como una etapa de indefinición sobre qué clase de directivas o normas diferentes a las que sanciona el Constituyente derivado se adscriben al plexo de normas constitucionales previamente establecido). Esta regla aplica obviamente a nuestro ordenamiento jurídico, dado que está experimentando un periodo de crisis que se ha materializado en el desconcierto de los operadores jurídicos (jueces, abogados o ministros) acerca de qué tipo de tratados internacionales han de incorporarse al bloque de constitucionalidad. Algunos, por cierto, se resisten a considerar que hay un discurso normativo diferente a la Constitución escrita que puede hacer parte de la Ley Suprema de la Unión, porque rechazan *in limine*, o sin más, la existencia de un bloque de constitucionalidad. Pero el nuevo operador jurídico afirmará, tarde o temprano, que el concepto tradicional de “Constitución” es insuficiente para garantizar plenamente el ejercicio de los derechos humanos, pues advertirá que hay otros materiales jurídicos relevantes que exigen el respeto a la dignidad inherente al ser humano, con independencia de la *Lex Superior* de cada país. Lo anterior hará notar especialmente la crisis del concepto restringido de “Constitución”, toda vez que la nueva generación de operadores jurídicos comprenderá, tal vez en el futuro inmediato, que la Constitución escrita no es el único medio para reconocer y proteger derechos, pues ciertos Tratados Internacionales también tienen estos objetivos legítimos en los contextos de la ONU y de la OEA, respectivamente. Entonces, ¿cuál será la tarea de los operadores jurídicos, esto es, de los jueces, abogados o ministros en este caso? Creemos que deben armonizar las directivas del Derecho Internacional Convencional con la Constitución escrita, ya que estos materiales jurídicos tienen como “punto de convergencia o interconexión” el reconocimiento explícito o tácito de un número ilimitado de derechos consustanciales de la persona humana. Por lo tanto, la búsqueda del equilibrio entre ambos sistemas ha de ser una prioridad para todos los operadores jurídicos.

Por otro lado, siguiendo a Niklas Luhmann, la distinción *sistema / entorno* hace referencia a que un sistema (*i.e.*, el jurídico nacional) sólo puede evolucionar a partir de la interacción que tenga con el entorno,³² esto es, con otro sistema jurídico dado (por ejemplo, el interamericano), pues precisamente esta diferencia e interacción hace posible el desarrollo del sistema, dado que el entorno, en tanto equivalente a otro sistema jurídico (como el interamericano), puede ofrecer nuevas directivas que, en nuestro caso, han de ser observadas para examinar, con más elementos, si un acto u omisión de la autoridad o de los particulares son válidos o exequibles; pero es conveniente aclarar que la interacción del ordenamiento jurídico nacional con el interamericano empieza con la entrada en vigor

³² *Cfr.*, *op. cit.*, pp. 127 y ss.

de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Senado de la República, ya que la adscripción del Derecho Internacional Convencional al bloque de constitucionalidad exige este requisito.

En el caso *sub examine*, la Constitución escrita y el Derecho Internacional Convencional son perfectamente compatibles, pues reconocen derechos que gozan de una tutela reforzada y dignifican el *estatus de persona* con un lenguaje normativo *ad hoc*. Esto es así, en virtud de que no hay argumentos eficaces para decir que los Tratados Internacionales no constituyen un cauce de tutela idóneo de los derechos fundamentales, por lo que las autoridades nacionales no pueden esgrimir pretexto alguno para incumplirlos indefinidamente. En consecuencia, la Suprema Corte mexicana debe admitir la tesis que sostiene la jerarquía constitucional de estos materiales jurídicos para erigirse definitivamente como el máximo custodio de los derechos humanos.

Finalmente, según Luhmann,³³ cada sistema (como el jurídico) trae aparejada una estructura que es pasible de cambiar constantemente, sobre todo cuando interactúa con otro sistema (jurídico), por lo que la adscripción del Derecho Internacional Convencional al bloque de constitucionalidad —que ha de ser el resultado de esa interacción entre sistemas— es el paso necesario para que el plexo de reglas constitucionales ofrezca una defensa tenaz del ser humano ante cualquier potencial agresor.

IV. El Bloque de Constitucionalidad en el Derecho Comparado

En América latina se ha concebido al bloque de constitucionalidad (o a la jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos) como el medio más pertinente para exigir la investigación de las violaciones indecibles de los derechos fundamentales que planearon y ejecutaron las dictaduras militares y civiles de la región (como la de Jorge Videla en Argentina y la de Alberto Fujimori en Perú, respectivamente, por citar sólo algunos ejemplos). En México, sin embargo, no se ha dimensionado hasta qué punto el concepto de “bloque de constitucionalidad” puede ser un cauce idóneo para imponer una sanción ejemplar a los funcionarios responsables de graves violaciones a los derechos humanos, por lo que haremos un estudio de la línea argumental que han trazado los jueces constitucionales de Argentina, Colombia y Costa Rica en esta materia, con el fin de conocer claramente cómo resolvieron los litigios planteados en

³³ Cfr., *ibíd.*

este tema durante el periodo 1992-2005, cuando algunas dictaduras de “alto perfil” languidecían rápidamente.

A) República Argentina

En *Fallos*: 315: 1492 (1992), la Corte Suprema de Justicia hizo notar que Miguel Ángel Ekmekdján, quien se dijo lesionado profundamente en sus sentimientos religiosos, promovió demanda de amparo contra Gerardo Sovovich:

... para que se lo condenara a leer en el programa “La noche del sábado”, —que se emitía por el canal 2 de televisión—, una carta documento que le remitiera contestando a Dalmiro Saénz, quien expresó frases que consideraba agraviantes en relación a Jesucristo y la Virgen María,³⁴ en la audición del Sábado 11 de junio de 1988. Que, como la carta no fue leída, debió iniciar juicio de amparo, fundado en el derecho de réplica que, según su criterio, le concede el art. 33 de la Constitución Nacional y el art. 14. 1 del Pacto de San José de Costa Rica aprobado por ley 23.054 y vigente para la República Argentina desde el depósito del instrumento de ratificación el 5 de septiembre de 1984.³⁵

Después de examinar exhaustivamente el caso, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil —Sala H— desestimó las pretensiones del quejoso, pues aseguró que “... el art. 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica consagra el derecho de respuesta “en las condiciones que establezca la ley”, razón por la cual el propio tratado inhibe la autofuncionalidad de la respuesta normada en él mientras no se reglamenten sus requisitos sustanciales y se regule procesalmente su ejercicio;”³⁶ de ahí consideró, en consecuencia, que el derecho de respuesta no tiene carácter operativo, como lo resolviera la Corte Suprema de Justicia en el caso E.60.XXII “Ekmekdján, Miguel Ángel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo”, el 1° de diciembre de 1988. Además, estimó que “... el propio actor reconoció no ser titular de un derecho subjetivo a la respuesta que reclama sino que tiene un interés de carácter difuso, lo que obsta a su legitimación, pues conforme a la índole del derecho de respuesta o rectificación, éste sería un derecho de la personalidad o personalísimo, lo que involucra en su titularidad a un determinado sujeto —persona física— y excluye a los de carácter difuso o colectivo...”³⁷

³⁴ En la sentencia *sub examine* no se menciona qué tipo de lenguaje usó Dalmiro Saénz, pero imaginamos que fue soez.

³⁵ Considerando 2°.

³⁶ Considerando 3°.

³⁷ *Ídem*.

Se pensaba que la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema de Justicia prevalecería nuevamente, pero como la conformación de la misma se amplió a iniciativa del presidente Carlos Menem, pues se pasó de 5 a 9 integrantes, el “nuevo” Tribunal decidió abandonar el criterio sostenido en el caso E.60.XXII para hacer lugar a la demanda de amparo promovida por Ekmekdján.³⁸ La mayoría de los ministros argumentó que “... el derecho de respuesta ha sido establecido por el artículo 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por ley 23.054 y ratificado por nuestro país el 5/9/84, es *ley suprema de la Nación* conforme al art. 31 C. N. (...),”³⁹ por lo que era procedente otorgar “... primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar ...”⁴⁰ leyes u ordenamientos que hicieran nugatorio el ejercicio de un derecho tutelado por el orden jurídico interamericano; por tanto, dijeron que la falta de disposiciones de derecho interno acerca de los requisitos sustanciales para ejercer el derecho de réplica, de rectificación o respuesta, no obsta para que la justicia nacional adopte en cada caso concreto, y con efectos *inter partes*, una solución que pretenda armonizar la libertad de expresión con el derecho de rectificación o respuesta de las personas que resultan agraviadas por las informaciones inexactas o infundadas de la prensa.

Para así decidir, la Corte Suprema razonó que:

... la interpretación del Pacto debe (...) guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1). Ante la consulta hecha a dicho tribunal acerca de si cuando el art. 14.1 dispone que el derecho de rectificación o respuesta se ejercerá “en las condiciones que establezca la ley”, quiere decir que dicho derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que el mismo puede ser concretamente ejercido, contestó rechazando este argumento y afirmando que allí se consagra un derecho de rectificación o respuesta en favor de toda persona, ya que “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo” (Opinión Consultiva OC-7/86, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2), Serie A, N° 7, pág. 13, par. 14). Llegó a la opinión unánime en el sentido de que el art. 14.1, “reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible” (*Ibidem*,

³⁸ El fallo —que acogió estimatoriamente las pretensiones del actor— fue signado por los ministros Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano; Bazán, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales”, en Bazán, Víctor (Coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, p. 96, nota número 138.

³⁹ La transcripción fue tomada de Bazán, Víctor, *ibidem*. Las cursivas son nuestras.

⁴⁰ Considerando 19. A partir de este razonamiento, se adujo que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional.

p. 19, letra A) y que la frase “en las condiciones que establezca la ley” se refiere a cuestiones tales como “si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en que lapso debe ejercerse el derecho, qué terminología es admisible, etc.” (*Ibidem*, p. 14, par. 27), pero que “el hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído conforme al art. 1.1.

... En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido “por toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención” (p. 15, par. 28).⁴¹

Como puede observarse, el marco de referencia que diseñó la Corte Suprema de Justicia para resolver el caso fue novedoso, pues acogió la Opinión Consultiva emitida por la Corte IDH sobre la “exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta”, con el fin de dar cumplimiento a los compromisos internacionales que asumió el Estado argentino al hacer el depósito del instrumento de ratificación del Pacto de San José de Costa Rica el 5 de septiembre de 1984. Así las cosas, el Alto Tribunal de ese país decidió hacer lugar a la demanda de amparo promovida por Ekmekdjian como una medida inteligente del derecho interno para ajustarlo a las directivas del orden jurídico interamericano.

Trece años después, en *Fallos*: 328: 2056 (2005), la misma Corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 —de punto final— y 23.521 —de obediencia debida—, ya que “la *ratio legis* [de éstas] era evidente: amnistiar [perdonar] los graves hechos delictivos cometidos durante el anterior régimen militar”,⁴² lo cual se consideró incompatible con el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional,⁴³ toda vez que se pretendía impedir la investigación pertinente sobre las detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones extrajudiciales acaecidas durante la dictadura del General Jorge Videla (1976-1983) en perjuicio de disidentes políticos de izquierda. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia dijo:

Que si bien es cierto que el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional mantiene la potestad del Poder Legislativo para dictar *amnistías generales*, tal facultad ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances. En principio, las leyes de amnistía han sido utilizadas

⁴¹ Considerando 21.

⁴² Considerando 13, segundo párrafo. Los agregados son nuestros.

⁴³ Después del caso *Ekmekdjian*, se hizo una reforma constitucional en 1994 para reconocer, categóricamente en este precepto, que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos forman parte de la *Ley Suprema de la Nación*.

históricamente como instrumentos de pacificación social, con la finalidad declarada de resolver los conflictos remanentes de luchas civiles luego de su finalización. En una dirección análoga, las leyes 23.492 y 23.521 intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre “civiles y militares”. Sin embargo, en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al “olvido” de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (arg. Art. 75, inc. 22, Constitucional Nacional).⁴⁴

En este fallo se reconoce que cualquier instituto jurídico (como la amnistía, por ejemplo) no puede traducirse en un óbice para perseguir, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, en virtud de que los poderes públicos deben proteger eficazmente el ejercicio de los derechos reconocidos por el Pacto de San José de Costa Rica. Con el fin de sostener este criterio, el Máximo Tribunal argentino examinó la decisión de la Corte Interamericana pronunciada en el expediente “Barrios Altos”.⁴⁵ En este caso, la Corte IDH hizo lugar a una demanda contra el Perú por los hechos ocurridos en Lima el 3 de noviembre de 1991, ya que un “comando de eliminación” del ejército ejecutó a quince personas que supuestamente estaban relacionadas con la agrupación subversiva “Sendero Luminoso” en una fiesta que se realizaba en el vecindario de “Barrios Altos”. Como se sabe, después de algunos intentos fallidos para investigar seriamente a los militares implicados en este crimen, el Congreso sancionó una ley de amnistía (26.479) que exoneraba a policías, civiles y militares que hubieran cometido graves violaciones a los derechos humanos entre 1980 y 1995. Una jueza declaró la inconstitucionalidad de esta ley, pues soslayaba, *inter alia*, el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que desconocía la obligación del Perú de investigar las violaciones indecibles a estos derechos y de sancionar a los responsables; sin embargo, el mismo Congreso dictó una nueva ley (26.492) en la que afirmó que la amnistía no era revisable en sede judicial y que era de aplicación obligatoria, por lo que un tribunal de apelación decidió revocar la resolución de la *a quo* y ordenó el archivo del expediente.

La Corte IDH condenó categóricamente a Perú por el dictado de las dos leyes de amnistía, pues consideró que representaban una grave vulneración de las garantías judiciales, del derecho a la protección judicial, de la obligación de respetar los derechos humanos y de adoptar disposiciones de derecho interno para sancionar a los responsables. En la *ratio decidendi* del caso “Barrios Altos”, la Corte Interamericana sostuvo que:

⁴⁴ Considerando 16.

⁴⁵ *Chumbipuma Aguirre Vs. Perú*, Sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75.

... son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.⁴⁶

Por consiguiente, la Corte Suprema de Argentina estimó que la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resultaba imposterable, toda vez que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos exigen, *mutatis mutandi*, la obligación de proscribir todo obstáculo para la persecución efectiva de los responsables de los crímenes que conmueven la conciencia de la humanidad. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU recomendó que: “Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para el enjuiciamiento de sus autores”.⁴⁷ De ahí que los beneficiarios de esas leyes ya no podían invocar validamente ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada, ya que tales principios no pueden convertirse en un impedimento para la prosecución de los procesos que fenecieron en virtud de ellas, “... ni la de toda [causa] que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca”.⁴⁸ Por ello, los ministros Enrique Santiago Petracchi, Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Elena I. Highton de Nolasco, Ricardo Luis Lorenzetti y Carmen M. Argibay resolvieron:

Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.⁴⁹

B) Colombia

Mientras la Corte Suprema de Justicia ejerció el control de constitucionalidad, se negó enfáticamente a declarar inexecutable a los actos u omisiones de las autoridades que eran inconsistentes con las obligaciones interna-

⁴⁶ *Ibid.*, acápite 41. *Apud.*, Fallos: 328: 2056 (2005), considerando 23.

⁴⁷ Sesión 1893, del 1° de noviembre de 2000. *Apud.*, *ibidem*, considerando 33.

⁴⁸ Considerando 31. El agregado es nuestro.

⁴⁹ Punto resolutivo número 3 del fallo *sub examine*.

cionales asumidas por Colombia. Por citar un ejemplo, el 1° de diciembre de 1988, resolvió que un decreto legislativo que facultaba al Ministerio del Trabajo a suspender las personerías jurídicas de los sindicatos, esto es, a desconocer temporalmente a los representantes legales de los mismos, se ajustaba a la Constitución de 1886,⁵⁰ a pesar de ser incompatible con el convenio 087 de la Organización Internacional del Trabajo, ya que:

*... la confrontación de las normas acusadas (...) sólo puede ser hecha con las disposiciones de la Carta constitucional y nunca con normas de derecho internacional, pues la infracción de éstas es extraña a la jurisdicción nacional de la Corte, plantea problemas interestatales, que escapan de su competencia, y no implican violación directa de la constitución.*⁵¹

Sin embargo, la Constitución de 1991 modificó radicalmente el criterio anterior, toda vez que reconoció fuerza jurídica plena a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. De este modo, “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna” (artículo 53) y tanto “los derechos [como los] deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (artículo 93). De ahí que “no puedan suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales” aun en periodos de conmoción interna o estados de excepción, pues “[han de respetarse en estos casos] las reglas del derecho internacional humanitario” (artículo 214).⁵²

Bajo estas cláusulas de la nueva *Lex Superior*, la Corte Constitucional de Colombia adoptó las directivas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un parámetro indispensable para resolver que un militar subalterno, “... bien podría negarse (...) a obedecer la orden impartida por su superior si ella consiste en infligir torturas a un prisionero o en ocasionar la muerte fuera de combate...”,⁵³ ya que tales comportamientos están prohibidos enfáticamente por el Convenio de Ginebra I, del 12 de agosto de 1949, aprobado por la Ley 5ª de 1960. En términos similares se pronunció el Derecho Internacional Consuetudinario para sostener que:

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no podrán alegar obediencia de órdenes superiores si tenían conocimiento de que la orden de emplear la fuerza o armas de fuego, a raíz de la cual se ha ocasionado la muerte o heridas graves a una persona, era manifiesta-

⁵⁰ Cfr., Uprimny Yepes, Rodrigo, “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, punto 2.1, p. 11, recuperado el 22 de febrero de 2008 en www.dejusticia.org/pdf/libros/ru_bloqueConstitucionalidad.pdf.

⁵¹ *Ibid.* Las cursivas sí aparecen en el original.

⁵² Los agregados son nuestros.

⁵³ *Inter alia*, la *ratio decidendi* de la Sentencia T-409 de 1992.

mente ilícita y tuvieron una oportunidad razonable de negarse a cumplirla. De cualquier modo, también serán responsables los superiores que dieron las órdenes ilícitas.⁵⁴

Como puede notarse, la obediencia debida no puede justificar torturas, malos tratos o penas inhumanas y/o degradantes, así como la muerte o lesiones graves a un detenido o prisionero de guerra fuera de combate, por lo que las maniobras militares que persigan esos objetivos perniciosos han de ser pasibles de control judicial a fin de sancionar categóricamente a los responsables. Para sostener este criterio, dijo entonces la Corte: “Obligado en esos términos el Estado colombiano, mediante un convenio internacional que, por otra parte, es hoy fuente interpretativa sobre el alcance de los derechos y deberes de rango constitucional (artículo 93 de la Constitución Política), *mal podría prohiarse actualmente una concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense.*”⁵⁵ Más tarde, en la Sentencia C-578 de 1995, el mismo Tribunal sostuvo que la obediencia debida no constituye una causa de justificación o licitud de los crímenes de *lesa humanidad*, ya que la ejecución de una orden ilícita es incompatible con el bloque de constitucionalidad, el cual está integrado “... no sólo por la Constitución y el Derecho Internacional Humanitario, sino también por la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción,”⁵⁶ pues esta última establece las circunstancias por las cuales ciertos derechos humanos pueden ser restringidos para enfrentar el conflicto armado interno que se vive en Colombia.

Siguiendo a Rodrigo Uprimny, sabemos que el concepto *sub examine* empieza a definirse claramente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-225 de 1995, cuyos apartes dicen lo siguiente:

... el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu*.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2°) es que

⁵⁴ Acápite 26 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por la ONU el 7 de septiembre de 1990.

⁵⁵ *Cfr.*, Uprimny Yepes, Rodrigo, *op. cit.*, punto 2.2, p. 14. El texto cursivo es nuestro.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 18.

éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4°), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.⁵⁷

Posteriormente, en la Sentencia C-191 de 1998, la Corte señaló que los tratados de límites también hacen parte del bloque de constitucionalidad, “... pues el artículo 102 de la Carta les confiere jerarquía constitucional, cuando establece que el territorio colombiano se encuentra delimitado por esos convenios”.⁵⁸ Así mismo, ha considerado que los convenios 087 y 088 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante “la OIT”) deben incluirse en el bloque, ya que reconocen derechos laborales que no pueden suspenderse aun en estados de excepción.⁵⁹ En cuanto a la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos, la Corte Constitucional estima que los fallos y opiniones consultivas de la Corte IDH han de prevalecer en el orden jurídico interno, toda vez que los derechos reconocidos en la Constitución Política deben ser protegidos de conformidad con la interpretación autorizada de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

En la Sentencia C-010 de 2000, dijo entonces la Corte:

... en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales (...) constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.⁶⁰

Los criterios anteriores fueron reiterados por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-256 de 1999 para proteger a los niños de una escuela primaria que podían quedar en medio de un eventual enfrentamiento entre

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 16-17. Los agregados son nuestros.

⁵⁸ *Id.*, p. 22

⁵⁹ Aunque se dicte un decreto de estado de excepción, nada hay que lleve a suponer que la libertad sindical puede suspenderse en virtud de tal medida. *Cfr.*, la Sentencia T-568 de 1999; también la Sentencia C-567 de 2000.

⁶⁰ Uprimny Yepes, Rodrigo, *op. cit.*, punto 2.4.3, pp. 23-24.

los efectivos del ejército y los guerrilleros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- Ejército del Pueblo (FARC-EP). Los antecedentes del caso son los siguientes:

Cerca [del] municipio de Zambrano⁶¹ fueron encontrados varios campamentos de grupos guerrilleros. Estos, que participan desde varios años en el enfrentamiento armado, realizaron retenes en la vía que conduce al municipio.

En agosto de 1998 la guerrilla se tomó un municipio cercano al de Zambrano. Durante el ataque destruyeron la estación de policía. Un día después del ataque, el Comandante de la estación de policía de Zambrano señaló que existían informaciones de inteligencia, suministradas por el Batallón de Infantería de Marina N° 3, según las cuales el grupo guerrillero pretendía tomarse la población de Zambrano y su estación de policía.

Una escuela del municipio de Zambrano, que colinda con la estación de policía, ha sido utilizada en varias oportunidades como sitio de alojamiento de miembros del ejército. Ante tal situación la directora del centro docente solicitó en varias ocasiones al alcalde su intervención para que no se alojara a los miembros del ejército en la escuela. El alcalde hizo caso omiso a la petición. ¿Está justificada la preocupación de la directora? ¿En su concepto [qué] puede hacer la directora?⁶²

La directora del plantel decidió promover la acción de tutela (amparo) para que la justicia constitucional protegiera los derechos a la vida y a la educación de la demandante y de sus alumnos. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda, pues consideró que, “de acuerdo con el material probatorio aportado al proceso”, era probable que se presentara un enfrentamiento entre las fuerzas gubernamentales y la guerrilla, por lo que ordenó al alcalde que, dentro del plazo de 30 días naturales siguientes a la notificación del fallo, reubicara la estación de policía en un lugar donde no se pusiera en peligro a la población civil.

Pero el alcalde se inconformó con el fallo, especialmente por lo que se refiere a las obligaciones que le impuso el juez de tutela para que protegiera a la población civil de las hostilidades que estaban en ciernes. El tribunal de alzada le dio la razón al recurrente y revocó parcialmente la resolución impugnada, ya que estimó que “... la orden de reubicar la estación de policía tenía implicaciones presupuestales y (...) ello suponía inmiscuirse en las funciones del poder ejecutivo y desconocer la indepen-

⁶¹ Departamento de Bolívar, Colombia.

⁶² Defensoría del Pueblo de Colombia, *Derecho Internacional Humanitario*, Red Nacional de Promotores de Derechos Humanos, Bogotá, 2002, p. 45. Los agregados son nuestros.

dencia de los poderes. Además, el alcalde había manifestado su intención de reubicar dicha estación en el menor tiempo posible".⁶³

Dada la gravedad de los acontecimientos acaecidos cerca del municipio de Zambrano, la Corte Constitucional procedió a revisar los fallos de las instancias anteriores con el fin de establecer las razones por las cuales era pertinente observar, específicamente en este caso, las directivas del Derecho Internacional Humanitario para resolver adecuadamente el problema planteado.

En primer lugar, la Corte hizo una ponderación entre los derechos fundamentales de los niños, especialmente a la vida, a la integridad personal, al adecuado y completo desarrollo físico y psicológico y a la educación, los cuales prevalecen por mandato de la *Lex Superior* colombiana sobre los derechos de los demás y, los deberes de las personas de apoyar a las autoridades para mantener la independencia y seguridad del Estado, a fin de fijar claramente la *litis* del caso *sub judice*.

Después, la Corte Constitucional afirmó que existen preceptos del Derecho Internacional Humanitario que tutelan a la población civil de las hostilidades que suelen ocasionarse con motivo de un conflicto armado no internacional y que prevén, *inter alia*, diversas medidas de protección de la vida de los niños. La Corte enfatizó, una vez más, que estas reglas hacen parte del bloque de constitucionalidad y que han de observarse indefectiblemente para preservar la dignidad humana en estados de emergencia o excepción, y recordó que nada puede justificar el quebrantamiento de estos principios.

Finalmente, la Corte Constitucional decide conceder la tutela considerando exclusivamente la situación que afrontaban los niños, pues era urgente trasladarlos temporalmente de la zona de hostilidades a otra más segura, o en su defecto, debía reubicarse lo más pronto posible la estación de policía en un sitio distinto dentro del propio municipio para que se garantizara la protección efectiva de los menores. Por otra parte, ordenó al alcalde que no permitiera al ejército que se instalara en la escuela primaria o que sus integrantes no hicieran prácticas de tiro o manejo de armas de distinto calibre y municiones dentro del centro educativo. Así mismo, el tribunal señaló que la comunidad educativa debe recibir cursos sobre la forma en que debe hacerse una evacuación de urgencia ante cualquier enfrentamiento que pueda presentarse entre la fuerza pública y los grupos armados ilegales.⁶⁴

⁶³ *Ibid.*, p. 46.

⁶⁴ *Id.*, pp. 47-48.

Sin embargo, en el punto 7.10.4 de la Sentencia C-1040 de 2005, la Corte dijo que:

... los tratados internacionales sobre derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad orientan al juez constitucional en la identificación de los elementos esenciales que definen la fisonomía insustituible de la Constitución de 1991, pero no son tales tratados un referente autónomo y supraconstitucional para juzgar el contenido material de una reforma de la Carta.

Como puede notarse claramente, la Corte Constitucional aún mantiene ciertas reservas para examinar en qué medida una reforma a la Ley Suprema es incompatible con el plexo de valores del bloque de constitucionalidad, pues afirma que los tratados internacionales de derechos humanos no han de ser considerados como un referente autónomo para analizar el contenido de una modificación constitucional viciada. Este criterio jurisprudencial puede traducirse en un reto muy serio para los próximos años, ya que la Corte tendrá que encarar los yerros que trae consigo esta decisión decepcionante, inopinada y antojadiza, especialmente al analizar las demandas atinentes a las acciones públicas de inconstitucionalidad.

C) *Costa Rica*

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (en adelante “la Corte Suprema”) desarrolló el concepto de “bloque de constitucionalidad” en la Sentencia 02771 del 4 de abril de 2003. En este fallo, que corre agregado al expediente 02-005494-0007-CO, la Corte Suprema examinó dos acciones acumuladas que impugnaron la reforma del artículo 132 inciso 1) de la Constitución Política de 1949, realizada mediante ley N° 4349 del 11 de julio de 1969, porque los demandantes aseguraban que tenía vicios formales y materiales. Vicios formales por cuanto se vulneró el procedimiento reglado por el artículo 195 de la *Lex Superior*, dado que se excedió el plazo de 20 días estipulado en ese entonces para que la Comisión legislativa rindiera el dictamen correspondiente, previo a la sanción o aprobación de la reforma constitucional cuestionada. Vicios materiales por cuanto se consideró que la modificación a la *Lex Superior* era inconsistente con los artículos 1°, 2°, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que suprimió el derecho a la reelección presidencial mediante una reforma parcial de la Constitución, pues a través del poder constituyente derivado se restringió el derecho fundamental de libre elección que tenían los ciudadanos, el cual fue reconocido por el poder constituyente originario en 1821.

Para resolver el caso planteado *supra*, la Corte Suprema hizo un recuento de la historia constitucional de Costa Rica sobre la reelección pre-

sidencial, con el objeto de explicitar las razones por las cuales el poder constituyente derivado no puede “cercenar” este derecho fundamental. Veamos:

CARTA CONSTITUCIONAL	TEXTO
Pacto Social Interino o Pacto de Concordia (1821) El Poder Ejecutivo está representado por una Junta Superior Gubernativa de 7 miembros	“Artículo 21. El Presidente será renovado cada tres meses; pero puede ser reelecto, por utilidad pública...”
Segundo Estatuto Político (16 de mayo de 1823) El Poder Ejecutivo está representado por una Junta Superior Gubernativa de 5 miembros propietarios y 2 suplentes	“Artículo 21. Si el arreglo definitivo de la Constitución del Estado, a que la provincia se adhirió, dilatara más de dos años, la junta se renovará cada bienio por mitad, saliendo, en el primero los tres últimos nombrados...”
Ley Fundamental del Estado de Costa Rica (1824) El Poder Ejecutivo es unipersonal	“Artículo 80. La duración del Gefe y segundo Gefe será por quatro años, (sic) pero podrán ser reelegidos una vez sin intervalo alguno.”
Carta Fundamental (1844) El Poder Ejecutivo es unipersonal	“Artículo 93. Hasta que hayan transcurrido dos años podrá volver a ser electo el Jefe que haya servido su periodo.”
Carta Fundamental de 1847 Se establecieron los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República	“Artículo 103. El periodo constitucional del Presidente y Vicepresidente del Estado será de seis años, contados desde el día en que se le declare su elección. Podrán ser reelectos a voluntad del pueblo y de las personas nombradas, y deberá admitirse su renuncia tanto a uno como a otro, cuando transcurridos cuatro años, la presenten aun sin fundamento legal.”
Constitución Reformada de 1848	“Artículo 66. El Presidente y Vicepresidente de la República durarán seis años en sus destinos, y podrán ser reelectos a voluntad de los pueblos.”
Nueva Constitución del 29 de diciembre de 1859	“Artículo 103. El Presidente de la república durará en su destino tres años, y no podrá ser reelecto sin que haya transcurrido un periodo constitucional después de su separación del mando. Tampoco podrá elegirse seguidamente a ningún pariente suyo dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad.”
Constitución de 1869	“Artículo 101. El periodo del Presidente de la República será de tres años, y no podrá ser reelecto sin que haya transcurrido otro periodo igual, después de su separación del mando.”

Carta Fundamental del 7 de diciembre de 1871	“Artículo 97. El periodo del Presidente de la República será de cuatro años, y no podrá ser reelecto, sin que haya transcurrido otro periodo igual después de su separación del mando.”
Reforma constitucional del 12 de mayo de 1897 a la Carta Fundamental anterior	“Artículo 97. El periodo del Presidente de la República será de cuatro años, y dicho funcionario podrá ser reelecto sin intervalo, por una sola vez. Las reelecciones posteriores no podrán verificarse sino después de haber transcurrido por lo menos un periodo.”
Constitución del 8 de junio de 1917	“Artículo 94, último párrafo. El Presidente de la República no podrá ser reelecto para el periodo siguiente, aun cuando hubiere renunciado o de otro modo perdido el puesto. Para el mismo periodo, no será elegible el Vicepresidente.”
Restauración de la vigencia de la Constitución de 1871	“Artículo 104. El Presidente de la República no podrá ser reelecto para el periodo siguiente.”
Constitución Política de 1949	“Artículo 132 inciso 1). No podrá ser elegido Presidente ni Vicepresidente el que hubiera servido la Presidencia en cualquier lapso dentro de los ocho años anteriores al periodo para cuyo ejercicio se verificare la elección...”
Reforma constitucional de 1969 (ley N° 4349 de 11 de julio de 1969) Acto impugnado	Permitió la reelección por una sola vez a todas aquellas personas que ostentaban el carácter de ex presidentes.*

Como se ve, la práctica constitucional costarricense se orientó a tutelar el derecho a la reelección presidencial reconocido por el poder constituyente originario. Pero esta tradición se interrumpió por la decisión del poder reformador derivado, lo que de suyo es inaceptable ya que carece de competencia para hacer una modificación con ese alcance o magnitud. Este problemario condujo a la Corte Suprema a responder las siguientes preguntas: ¿cuáles son los límites que tiene el poder constituyente derivado para reformar las cláusulas de la *Lex Superior*?; ¿es posible analizar el contenido de una modificación constitucional a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para estimar hasta qué punto es compatible con los compromisos asumidos por Costa Rica ante el orden jurídico interamericano? A fin de agotar el temario que trae consigo cada uno de estos puntos álgidos, la Corte Suprema construyó un marco referencial muy relevante en el Considerando VI, inciso B), de la Sentencia *sub examine*, cuyos apartes dicen lo siguiente:

* Cfr., Considerando V.

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES COMO FUENTE DE LEGITIMACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES, DE LAS DECISIONES POLÍTICAS TRASCENDENTALES Y DE LAS DECISIONES JUDICIALES. La doctrina constitucional reconocida define como principios constitucionales las ideas fundamentales acerca de la organización jurídica de la comunidad, emanadas de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadoras y a la vez interpretativas respecto del total del ordenamiento jurídico. De esta manera, los principios constitucionales forman parte del *bloque de constitucionalidad*⁶⁵ y todas las instituciones estatales están obligados (sic) a obedecerlos y a respetarlos. Estos principios derivan tanto en potestades institucionales como en derechos de los habitantes, su eventual violación hace emerger al sistema de garantías, también desarrollado “con rango constitucional”, que incluye las acciones de amparo, de hábeas corpus y de inconstitucionalidad. Los principios no se pueden confundir con los derechos fundamentales, ya que los primeros sirven de base a los segundos, y a la vez permiten su tutela mediante el sistema de garantías. (...) En materia constitucional, como se enunció antes, son principios las ideas sobre las que se basa la organización política del Estado, o sea aquella decisión del poder originario constitucional acerca del tipo de sistema político por el que se optó colectivamente. Podemos hablar apropiadamente, como ejemplos relevantes para esta decisión judicial, del principio democrático, de interdicción de la arbitrariedad, del principio de sujeción de los poderes públicos a la Constitución, de igualdad de los individuos, del principio de seguridad jurídica y el de jerarquía de las normas.

Es evidente que este criterio de la Corte Suprema de Costa Rica difiere, hasta cierto punto, de la jurisprudencia que han establecido sobre este particular los tribunales de Argentina y Colombia, pues sostiene que los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad, de sujeción de los poderes públicos a la Constitución, de igualdad de los individuos, etc., hacen parte del bloque de constitucionalidad, por lo que deben considerarse a estos últimos, específicamente en sede judicial, como un parámetro idóneo “para evaluar la constitucionalidad de una reforma realizada a la Constitución. Este carácter referencial dota a los principios de una potencia hermenéutica de gran relevancia, ya que trae consigo una limitación importante a la actividad legislativa ordinaria”.⁶⁶ Pero, ¿cómo deben ser entendidos cada uno de estos principios? Al respecto, la Corte Suprema dijo que:

En nuestra Constitución hay una importante cantidad de principios políticos y son los que deben servir para medir la constitucionalidad, tanto de las leyes, como de una reforma constitucional efectuada por el

⁶⁵ Las cursivas son nuestras.

⁶⁶ *Cfr.*, Considerando VI, inciso B) citado *supra*.

poder derivado. Los derechos fundamentales no solo se originan en los principios constitucionales, pero su esencia sí incluye un fuerte y determinante componente de éstos. Componente éste que se puede encontrar, tanto en la dimensión subjetiva como en la objetiva de la estructura de esos derechos. Ilustramos el punto retomando los principios constitucionales previamente citados en este acápite: una decisión judicial centrada en la consideración de si actuó o no fuera de su mandato el legislador ordinario, al reformar el artículo relativo a la reelección presidencial, debe ser necesariamente analizado a la luz del principio constitucional de *interdicción de la arbitrariedad*. Este permite establecer a su vez, si se redujo, violó o suprimió un derecho, por cuanto cualquier discriminación reductora o cercenadora de un derecho fundamental implicaría una arbitrariedad, entendida la misma como: (a) el sacrificio excesivo e innecesario de un derecho fundamental y (b) como una actuación en contra de la tendencia histórica manifestada por el desarrollo constitucional costarricense. (...) Otro principio a considerar para determinar si hubo o no arbitrariedad, es el de *sujeción de los poderes públicos a la Constitución*: los titulares de estos poderes además del deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, tienen un deber general positivo de acatamiento de los principios y normas constitucionales. Un tercer principio relevante es el de *igualdad de los individuos ante la justicia*, el que exige una política legislativa coherente que no genere perjuicios a los derechos de una sola persona (si una sola persona se ve perjudicada, se perjudican todas). Un Estado social y democrático de Derecho, necesariamente debe incluir entre los principios superiores de su ordenamiento a la justicia y a la igualdad (entendida la igualdad de manera amplia y la justicia como imparcialidad). Debe exigir de los poderes públicos un comportamiento que propicie la efectividad de tales principios superiores. Un cuarto principio, también relevante, es el de *seguridad jurídica*, que se conforma por la suma de certeza, legalidad y proporcionalidad, entre otros subprincipios. Es decir, la seguridad jurídica es un principio complejo, necesariamente balanceado de forma tal que asegure, a su vez, la igualdad y la libertad. Este principio es sustentado por la confianza ciudadana de que las instituciones, en su actividad, respetarán aquellas normas que, el Poder Constituyente Originario escogió para conformar el sistema político y económico. La seguridad jurídica es un principio dirigido a las instituciones generadoras o aplicadoras de las normas, que las obliga a desarrollar una actividad cuyo producto o resultado, sean normas o actos administrativos, que estén siempre caracterizados de la máxima tutela de los derechos fundamentales. La organización política debe preservar, defender y ampliar hasta donde sea razonablemente posible estos derechos y la Asamblea Legislativa en uso de la competencia prevista en el artículo 195 de la Constitución Política, jamás debe limitarlos, en cuanto así le fue ordenado por el poder constituyente...⁶⁷

⁶⁷ *Ibid.*

En este acápite del fallo, la Corte Suprema explica, *inter alia*, que el artículo que prohíbe la reelección presidencial ha de analizarse a la luz del principio constitucional de “interdicción de la arbitrariedad” a fin de establecer si existe “un sacrificio excesivo e innecesario de un derecho fundamental” y si la reforma cuestionada se traduce en “una actuación [incompatible] con la tendencia histórica manifestada por el desarrollo constitucional costarricense”. Esto, porque el principio de “interdicción de la arbitrariedad” debe entenderse como un parámetro constitucional que nos permite examinar si una reforma a la *Lex Superior* viola, restringe o suprime un derecho fundamental reconocido por el constituyente originario (o derivado, según sea el caso). Este principio fue, en definitiva, la “clave de bóveda” de los argumentos que destacó la Corte Suprema para hacer lugar a la demanda de inconstitucionalidad, pero también tomó en cuenta en la *ratio decidendi* de la sentencia *sub examine*, a otros muy relevantes, como el de “sujeción de los poderes públicos a la Constitución”, el cual exige que los actos de las autoridades respeten los principios y normas constitucionales; el de “igualdad de los individuos ante la justicia”, pues la política legislativa ha de ser coherente con la *Lex Superior* en el sentido de no deparar perjuicios a los derechos de los habitantes del país, y el de “seguridad jurídica”, que se integra por “la suma de certeza, legalidad y proporcionalidad,” lo que obliga a los poderes públicos a realizar actividades compatibles con la eficacia de los derechos humanos. En virtud de la aplicación de estos principios al problemario planteado por los accionantes, el Máximo Tribunal de Costa Rica hizo notar que la Asamblea Legislativa jamás debe limitar los derechos fundamentales reconocidos por el constituyente originario, ya que así le fue ordenado por este último desde 1821. Lo anterior significa que el poder constituyente derivado tiene límites que debe respetar indefectiblemente.

En cuanto a la implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la función judicial, la Corte Suprema manifestó que:

La Constitución de 1949, según reforma operada por Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989, en el artículo 48 incorporó el derecho internacional de los derechos humanos al parámetro de constitucionalidad. Incluso, en casos en que la norma internacional reconozca derechos fundamentales en forma más favorable que la propia Constitución, debe ser aplicada la norma internacional y no la interna.⁶⁸

Este argumento le sirvió para subrayar que “[L]os derechos fundamentales se encuentran garantizados, en consecuencia, tanto por el derecho constitucional interno, como por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.⁶⁹ Y sostuvo que la protección genuina de estos derechos

⁶⁸ Considerando VI, inciso C).

⁶⁹ *Ibíd.*

trae consigo "... la primera regla de interpretación no solo de las normas constitucionales, sino de la constitucionalidad de una reforma [constitucional]: *in dubio constitutionalis, pro libertatis*",⁷⁰ cuyo significado sería el siguiente: en el caso de que el juez de amparo o de tutela tenga dudas en relación al alcance de ciertas cláusulas constitucionales, sobre todo cuando éstas son impugnadas, debe resolver el litigio constitucional a favor de la libertad, a favor del ejercicio de los derechos consustanciales de la persona humana, pues sólo de esta manera estaría en condiciones de erigirse, de una vez por todas, como el máximo guardián de los derechos fundamentales.

Por otro lado, la Corte Suprema dijo:

En toda sociedad políticamente organizada, en general, la libertad aparece limitada de alguna forma. En un sistema constitucional, en particular, esas limitaciones deben ser razonables, responder a la necesidad de salvaguardar los intereses individuales y de la comunidad. La decisión de limitarla corresponde exclusivamente al poder originario constituyente, para que eventuales limitaciones a la libertad no puedan conducir a su total desconocimiento o a limitaciones lesivas de la esencia del derecho individual.⁷¹

Como se ve, el derecho de libertad en una sociedad organizada puede restringirse en el texto constitucional de alguna manera, a fin de preservar los intereses individuales y de la comunidad, pues los derechos fundamentales no son absolutos, pero las restricciones deben responder, en todo tiempo y en cualquier circunstancia, a una razón o causa legítima (*i.e.*, el honor, la dignidad, la seguridad nacional o la eficacia de otros derechos humanos, etc.); en otras palabras, si un derecho ha sido reconocido en la Carta Constitucional por el poder constituyente originario, este último puede limitarlo o restringirlo, siempre y cuando exista para ello una causa legítima, la cual ha de estar fundada en los materiales jurídicos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. En consecuencia, y en lo que corresponde a la restricción de los derechos humanos, "[E]l poder estatal debe (...) respetar siempre la voluntad popular manifestada mediante las decisiones de las asambleas constituyentes originarias",⁷² ya que al ser un poder constituido o institucionalizado, carece de la facultad de "cercenar" un derecho fundamental reconocido por el poder constituyente originario.

De lo anterior se advierte que una reforma constitucional no debe suprimir las cláusulas de la *Lex Superior* relativas a los derechos fundamentales o a los derechos humanos de primer orden, como la libertad de elección, el de elegibilidad (que en el caso *sub examine* se hizo consistir

⁷⁰ *Id.* El agregado es nuestro.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Considerando VI, inciso D).

en el derecho de reelección presidencial) y el de adhesión a un partido político, en virtud de que posibilitan al ciudadano a participar en la expresión de la soberanía nacional, pues "...[s]on derechos (...) que se ejercen para afirmar y confirmar el poder soberano del pueblo sobre el Estado, y proveen a sus titulares, los ciudadanos, de medios y garantías para defenderse contra el ejercicio arbitrario del poder público".⁷³

Cabe señalar que la Corte Suprema fundó sus argumentos no sólo en la historia constitucional costarricense, sino también en el segundo acápite del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues precisó que el derecho de elección puede limitarse únicamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal, y no por el hecho de que cierto ciudadano hubiese desempeñado o esté ocupando el cargo de Presidente de la Nación y se postule como candidato para ejercer nuevamente el Poder Ejecutivo del país, toda vez que la República de Costa Rica no formuló reserva alguna a la Convención Americana para que pudiera concretarse esa restricción con el alcance pretendido por la Asamblea Legislativa que reformó el artículo 132 de la Constitución Política en 1969.⁷⁴ Además, la máxima instancia judicial costarricense tomó en cuenta el principio constitucional de "interdicción de la arbitrariedad", ya que consideró que el derecho de reelección presidencial fue suprimido sin advertir que la Convención Americana no ofrece una razón o causa legítima para hacerlo de ese modo, porque el sacrificio excesivo e innecesario de un derecho político es incompatible con el artículo 1.1 de la misma Convención, pues este precepto no autoriza de ninguna manera a los Estados a "cercenar" derechos humanos de primer orden.

Dado que la reforma constitucional *sub examine* era además inconvencional, es decir, inconsistente con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, e incompatible especialmente con el principio *pro homine* reconocido en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Corte Suprema consideró pertinente subrayar que:

De todas las consideraciones insertas en esta sentencia, se deduce que la Asamblea Legislativa carece de competencia para hacer una reforma parcial que afecte los derechos fundamentales y las decisiones políticas fundamentales, por el procedimiento establecido en el artículo 195 de la Constitución Política. La Asamblea Nacional Constituyente estableció en el numeral 132 de la Constitución regulaciones a los derechos políticos de quienes aspiren al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República. En el caso que nos ocupa en esta

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Id.*

decisión judicial, el inciso 1) prohibía la reelección únicamente para aquellos que hubieren ejercido la Presidencia en cualquier lapso dentro de los ocho años anteriores al período para cuyo ejercicio se verificare la elección. La reforma operada por ley N° 4349 prohibió en forma total la reelección presidencial, afectando negativamente derechos políticos de los ciudadanos y al actuar así, la Asamblea Legislativa, en ejercicio del Poder Constituyente de reforma parcial, excedió los límites de su competencia.⁷⁵

En tal virtud, la Corte dijo:

Por tanto:

Se declaran con lugar las acciones. En consecuencia, se anula la reforma efectuada al artículo 132 inciso 1) de la Constitución Política, mediante Ley Número 4349 del 11 de junio de 1969, por lo que retoma vigencia la norma según disponía antes de dicha reforma. Esta sentencia tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha de entrada en vigencia de la norma anulada. De conformidad con el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se dimensionan los efectos de esta sentencia en el sentido de que los actos derivados de la reforma desde la vigencia de la ley 4349 hasta su anulación, son válidos...⁷⁶

V. El caso México. Aciertos y errores de la Jurisprudencia nacional en relación con la Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales

Al tratar de resolver qué tipo de jerarquía normativa tienen los tratados internacionales en nuestro sistema jurídico, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante “la Corte” o “la Suprema Corte”) ha interpretado

⁷⁵ Considerando IX.

⁷⁶ Punto resolutivo único de la sentencia examinada. El efecto del fallo se limitó de este modo, pues en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica, la Corte Suprema no estaba en condiciones de anular las elecciones presidenciales que se organizaron de conformidad con el precepto constitucional impugnado, debido a que es imposible retrotraer el tiempo. Por otro lado, la Corte Suprema destacó, sobre todo en el Considerando XII, “... que lo revisado por este Tribunal es el procedimiento mediante el cual se produjo la reforma constitucional aquí impugnada, no sobre la conveniencia del instituto de reelección presidencial, por cuanto tal decisión es una competencia que le corresponde en forma exclusiva al poder constituyente originario,” ya que en su carácter de poder constituido (e integrante por tanto de las instituciones de la República) sólo está habilitada por el artículo 34 de la Constitución Nacional para proteger los derechos fundamentales reconocidos por la asamblea constituyente originaria. Consecuentemente, la Corte Suprema no está facultada en ningún momento para cuestionar si el reconocimiento de cierto derecho en la Constitución Política es pertinente o no.

el artículo 133 de la Constitución Federal en forma desafortunada y contradictoria, pues sostuvo en 1992 que tanto las leyes federales como los tratados internacionales ocupan el mismo rango inmediatamente inferior a la Constitución, por lo que no pueden tener el carácter de nuevos parámetros de constitucionalidad para impugnar la validez de una ley por medio del juicio de amparo; sin embargo, en 1999 estimó que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y locales, y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal, pues adujo que los compromisos internacionales son asumidos realmente por el Estado nacional en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional. De lo anterior se deduce que una ley ha de considerarse inconstitucional cuando contrarie, por ejemplo, lo dispuesto en un tratado internacional sobre derechos humanos.⁷⁷

En efecto, la tesis inopinada que prevaleció en un primer momento fue la siguiente:

LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA. 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 las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.⁷⁸

Como se ve, la Corte cometió un error impresionante al sostener este criterio, pues no es correcto afirmar que una ley federal tiene la misma jerarquía normativa que un tratado internacional (especialmente si está relacionado con los derechos humanos), ya que sería suficiente la promulgación de una ley del Congreso de la Unión para desconocer los compromisos asumidos por nuestro país al ratificar tratados o convenios internacionales de la ONU y de la OEA, y esto, como se sabe, sería un despropósito de enorme magnitud, puesto que ninguna autoridad nacional está habilitada para abrogar actos jurídicos tan complejos e importantes

⁷⁷ Es conveniente aclarar que este criterio tiene un alcance limitado, pues la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley en virtud de un tratado internacional no necesariamente incluye la relativa a que éstos tienen jerarquía constitucional en nuestro país, ya que pueden impugnarse a través del juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional.

⁷⁸ Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Número 60, Diciembre de 1992, Tesis P. C/92, p. 27.

como los pactos, declaraciones, tratados o convenios que exigen la tutela eficaz de los derechos fundamentales. Por el contrario, el Estado mexicano debe adoptar medidas legislativas o de otro carácter, de conformidad con el artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para hacer efectivos los derechos reconocidos a todos sus habitantes en los instrumentos internacionales.

Al advertir lo anterior, la nueva Suprema Corte, que inició actividades en 1995 en virtud de la reforma constitucional que modificó el sistema de administración de justicia a partir de ese año, decidió corregir ese yerro en la sentencia dictada en el amparo en revisión 1474/98, de fecha 11 de mayo de 1999, con el criterio que sigue:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. 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. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, 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; 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. 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. 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 están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.”. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, (...) sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.⁷⁹

Ciertamente, y después de un intenso debate que se dio entre los ministros, el Alto Tribunal mexicano determinó que era el momento oportuno para abandonar la tesis errática de 1992 y sustituirla por una extraordinaria e incluso polémica, con el fin de sostener la jerarquía supralegal de los tratados internacionales; sin embargo, la misma adolece *ab initio* de los siguientes problemas: *i*) no establece diferencias entre los tratados internacionales de derechos humanos y otros de diversa índole (como los que suscriben los Estados nacionales en materia de límites territoriales o de libre comercio, propiedad industrial o para combatir la delincuencia organizada transnacional, etc.); entonces surge una pregunta: ¿a todos los tratados internacionales se les puede reconocer la misma jerarquía normativa, aunque los rubros o asuntos previstos en cada uno de ellos sean distintos?; *ii*) no señala las razones por las cuales un tratado internacional puede declararse inconstitucional, pues la Corte nada dice en torno a los casos en los que un precepto de un instrumento internacional que contradiga el articulado de la Constitución Federal ha de ser considerado inexecutable o inválido (por el contrario, y en virtud de los principios *pacta sunt servanda* y *pro homine* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un dispositivo constitucional debe estimarse inconstitucional cuando socave o viole los derechos reconocidos en los convenios o pactos internacionales); y, *iii*) ubica en un tercer lugar al derecho federal y al local y les atribuye la misma jerarquía normativa, sin advertir que este criterio es incompatible con el federalismo político y jurídico acordado por el artículo 40 de la Constitución Nacional, ya que las leyes federales expedidas con posterioridad a las normas locales para regular las mismas materias (civil, penal, administrativo, etc.) no pueden abrogar o invalidar a estas últimas, es decir, a las de los Estados de la Unión, o viceversa, puesto que pertenecen a ordenamientos jurídicos distintos entre sí; a pesar de que coexisten en un mismo territorio, no pueden excluirse o abrogarse, pues se anularían indefinida y recíprocamente; si las leyes federales y las locales tuvieran

⁷⁹ Tesis citada en la nota al pie de página número 1 de este trabajo.

realmente la misma jerarquía normativa, como aduce la Corte, deberíamos observar la regla latina que establece que la “... *lex posterior derogat priori*” para resolver un conflicto en el tiempo que se presente entre estas “normas de jerarquía equivalente”(!), pero este criterio afortunadamente no ha sido tomado en serio por la jurisprudencia dogmática constitucional, pues representa una verdadera hazaña de lo absurdo porque, como ya se dijo, las leyes federales y las estatales están ubicadas en ordenamientos jurídicos diferentes.⁸⁰

Nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que los tratados internacionales pueden impugnarse a través de las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales⁸¹ para examinar si sus preceptos contradicen o no el articulado de la Constitución Federal, sin detenerse en el análisis previo de los inconvenientes que tiene este criterio a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que los tribunales nacionales no están habilitados para establecer en sus sentencias las razones por las cuales un tratado debidamente ratificado no debe observarse, pues de lo contrario violarían los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dado que estarían soslayando el principio *pacta sunt servanda* del Derecho Internacional Convencional, puesto que los acuerdos internacionales han de cumplirse en sus términos, sobre todo si éstos exigen el respeto y la tutela de los derechos y las libertades fundamentales.

No desconocemos que los tratados internacionales pueden denunciarse por los Estados contratantes para inobservarlos, pero en el asunto *sub examine*, esta medida sólo es procedente cuando exista otro instrumento internacional que ofrezca una tutela más amplia a los derechos humanos, ya que el reconocimiento de estos es irreversible. Lo anterior no se ha previsto en nuestra *Lex Superior*, sin embargo, sería deseable que así se hiciera en una futura reforma constitucional para estar a la vanguardia en este tema relevante. Cabe señalar, a manera de ejemplo, que esta cláusula constitucional fue establecida en 1994 por la mayoría de la Convención Constituyente de Argentina, pues ésta, como lo sostiene Juan Carlos Vega, tomó en cuenta que:

⁸⁰ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 2001, pp. 112 y ss.

⁸¹ Cfr., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XIV, Septiembre de 2001, Tesis P/J. 98/2001, p. 823, con el rubro: “**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA TIENE LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR MEDIANTE ELLA, LEYES FEDERALES, LOCALES O DEL DISTRITO FEDERAL, ASÍ COMO TRATADOS INTERNACIONALES**”, y *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XX, Septiembre 2004, Tesis P/J. 85/2004, p. 1257, con el rubro: “**TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DEMANDAR SU INVALIDEZ EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES ÚNICAMENTE DEBE LLAMARSE A JUICIO A LAS AUTORIDADES INTEGRANTES DE LOS PODERES DE LA FEDERACIÓN QUE INTERVINIERON EN SU PROCESO DE FORMACIÓN**”.

... sólo se podrá denunciar un tratado internacional de derechos humanos en el caso en que, en el ámbito internacional, éste fuera sustituido por otro que recepte más ampliamente los derechos fundamentales de las personas, en virtud de la progresividad típica de este tipo de derechos. Dicha interpretación, a nuestro juicio correcta, se basa también en el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en especial cuando dice que la norma imperativa de derecho internacional general “no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.⁸²

Reiteramos: únicamente puede inobservarse un instrumento internacional sobre derechos fundamentales cuando exista otro que otorgue una protección más amplia a la persona humana, ya que en virtud del principio *pro homine*, debe prevalecer siempre una interpretación jurídica favorable al ser humano cuando se trate de sus derechos tutelados.

No obstante lo anterior, la Suprema Corte mexicana ha señalado, una y otra vez, que la Constitución Federal es la norma fundante básica de nuestro sistema jurídico y que los tratados internacionales están por debajo de ella. A este respecto, ha dicho que:

Al reconocerse que México es un Estado soberano se entiende por qué es al interior de éste donde debe determinarse la validez del orden jurídico internacional y, en este tenor, la Constitución, como norma fundante básica del orden jurídico nacional, es la que determina los ámbitos y las condiciones bajo las cuales el derecho internacional será considerado como válido dentro del territorio mexicano.

Por ende, en la doctrina existe una posición casi unánime que sostiene que la Constitución de la República se ubica en la cúspide de la jerarquía y que es la fuente última de validez del orden jurídico, de tal suerte que para que una norma jurídica cualquiera sea válida, requiere ser conforme, en última instancia, con la Constitución.⁸³

Es cierto que la Constitución Federal “determina los ámbitos y las condiciones bajo las cuales el derecho internacional será considerado como válido dentro del territorio mexicano”, pero de esto no se sigue que la Carta Constitucional tenga que prevalecer indefectiblemente sobre las directivas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puesto que nuestra *Lex Superior* no regula el derecho internacional público o el derecho de gentes, como decía Ignacio L. Vallarta en el Siglo XIX,⁸⁴ ni

⁸² *Jerarquía constitucional...*, cit., p. 52.

⁸³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jerarquía normativa de los tratados internacionales en el derecho mexicano*, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, México, 2008, pp. 105-106.

⁸⁴ Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, p. 41.

establece qué tipo de normas deben tener la categoría de *ius cogens* (es decir, de irrenunciables e inderogables en los contextos de la ONU y de la OEA, respectivamente), ya que de ninguna manera puede reglar, a través de su articulado, las relaciones internacionales.

A mayor abundamiento, podemos decir que los tratados y las demás fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, contrario a lo que parece, son directivas que no se reducen al modelo de un lenguaje normativo típico, como las leyes o los códigos previamente establecidos, pues representan discursos o actos lingüísticos perlocucionarios (esto es, constituyen enunciados que producen ciertos efectos en una audiencia, tales como convencer o persuadir)⁸⁵ mediante los cuales todos los operadores jurídicos (jueces, abogados, magistrados o ministros) pretenden implementar en forma coherente los principios éticos actuales o los valores del Estado moderno (como la libertad, la igualdad, el Estado de bienestar, la paz, el desarrollo sustentable, entre otros), por lo que “el concepto de jerarquía normativa” no puede aplicarse totalmente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por ello, los tratados o las declaraciones internacionales sobre derechos humanos vienen a configurarse como parámetros ultra-legislativos que tienen una prevalencia que rebasa sin mayores contratiempos a las Cartas Constitucionales, porque demandan categóricamente a los Estados nacionales la tutela efectiva del ser humano ante los agravios provenientes de los actos u omisiones de las autoridades y de los particulares. En consecuencia, han de considerarse como verdaderos estándares de una genuina justicia constitucional (o del “juez Hércules”, es decir, de un modelo de juez que fue concebido por Ronald Dworkin⁸⁶ para demostrar que una judicatura fuerte puede resolver cualquier caso difícil mediante la ponderación de los valores morales o de los derechos humanos en juego).⁸⁷

Por otro lado, el Poder Judicial de la Federación se ha negado a examinar las omisiones legislativas que son inconsecuentes con los tratados internacionales, pues el juicio de amparo no fue creado como un mecanismo procesal para cuestionar este tipo de inactividad, conforme lo ha resuelto el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, cuya tesis dice lo siguiente:

⁸⁵ Para un estudio *in extenso* de este tipo de actos lingüísticos, en su totalidad, Austin, John L., *Palabras y acciones*, Traducción al castellano de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, Ediciones Paidós, Barcelona, 1990.

⁸⁶ *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1992, pp. 44 y ss.

⁸⁷ Alexi, Robert, “La fórmula del peso”, en Carbonell, Miguel (Coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos y Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, México, 2008, pp. 11 y ss.

AMPARO MEXICANO. NO ES UN MECANISMO DE IMPUGNACIÓN DIRECTA RESPECTO DE POSIBLE OMISIÓN O INACTIVIDAD LEGISLATIVA EN EL DESARROLLO DE TRATADOS INTERNACIONALES. La posible ausencia de esa labor legislativa implicaría, en todo caso, precisamente una omisión del órgano legislador al no establecer medidas adecuadas para el debido cumplimiento de los compromisos de creación legislativa implícitamente asumidas en algunos tratados, pero es obvio que tal cuestión, aun en el supuesto de constituir alguna clase de incumplimiento (lo que aquí no se prejuzga, por cierto), resulta totalmente ajena a la materia aquí planteada, pues hoy por hoy, el amparo en México no constituye un mecanismo para impugnar directamente las posibles omisiones o inactividad legislativa por sí misma.⁸⁸

Este criterio es un despropósito enorme, ya que la inactividad legislativa en estos casos sí constituye un agravio, especialmente si el Estado mexicano tiene que legislar en materia de derechos fundamentales y no lo hace, máxime que no puede argumentar en los estrados de la justicia internacional que sus instituciones competentes para ello carecen de plazos fatales en este rubro, pues nada hay de ingenioso en este pretexto que nos parece realmente antojadizo, sobre todo porque los jueces federales pueden admitir la demanda de garantías, estudiar el fondo del asunto y conceder el amparo con efectos *inter partes*, hasta que el legislador realice lo propio. Lo anterior sería congruente con el principio de relatividad de las sentencias de amparo, que está regulado, como se sabe, por el artículo 107, fracción II, de la Constitución Federal, toda vez que el fallo respetaría los límites subjetivos de la *res iudicata* (cosa juzgada), pues no se le exige indefectiblemente al Poder Judicial de la Federación que resuelva este caso *ultra partes*, aunque no estaría nada mal esta hazaña, puesto que tal principio, conocido también como “la fórmula Otero”, está derogado parcialmente, en virtud de los artículos 1.1, 2°, 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que el juicio de amparo, como garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, tiene que reformularse para ser un mecanismo procesal que obligue a los diputados y senadores renuentes a legislar en cumplimiento de los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, y esto sería posible si la sentencia tuviese efectos generales (*ultra partes*), pues el juicio de amparo debe otorgar una tutela efectiva a los derechos y principios constitucionales que sean violentados por esa inactividad, aun cuando se excedan los límites subjetivos de la cosa juzgada, dado que el principio *pro homine* así lo requiere en los litigios en donde la interpretación jurídica siempre debe privilegiar al hombre si se trata de sus derechos protegidos. Por ende, nuestro país tiene que adoptar disposiciones de derecho interno para que

⁸⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XVIII, Julio de 2003, Tesis II.2° P.74 P, p. 1024.

las sentencias de amparo tengan efectos *ultra partes* en ciertos casos (por ejemplo, aquellos en donde se impugnen omisiones legislativas en torno a los tratados internacionales que reconocen derechos de incidencia colectiva, como acontece en la actualidad con la falta de desarrollo legislativo del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”).

Sin embargo, la justicia federal ha sostenido criterios consistentes con el tema *sub discussio*, ya que el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en el amparo en revisión 799/2003, declaró lo siguiente:

TRATADOS INTERNACIONALES. SU APLICACIÓN CUANDO AMPLÍAN Y REGLAMENTAN DERECHOS FUNDAMENTALES. Conforme al artículo 133 constitucional, la propia 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. Ahora bien, cuando los tratados internacionales reglamentan y amplían los derechos fundamentales tutelados por la Carta Magna, deben aplicarse sobre las leyes federales que no lo hacen, máxime cuando otras leyes también complementan.⁸⁹

La tesis *sub examine* es un acierto, pues asigna primacía a los tratados internacionales que amplían las normas relativas a derechos fundamentales para que sean aplicados sin óbice alguno cuando sus disposiciones sean decisivas para resolver la controversia planteada en torno a la eficacia de estos derechos. Por lo demás, consideramos que este criterio debe hacerse extensivo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, dado que sus sentencias y opiniones consultivas han de observarse seriamente en sede judicial para interpretar ampliamente las normas atinentes a derechos humanos; de ahí que deba dimensionarse también como un nuevo parámetro de constitucionalidad en cada caso *sub iudice*.

Recientemente, la Suprema Corte de Justicia reiteró el criterio que sostuvo en 1999 a favor de la primacía de los tratados internacionales sobre las leyes secundarias del derecho interno, pero lo hizo con algunas inconsistencias graves, pues en el amparo en revisión 120/2002 dijo lo siguiente:

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE

⁸⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XX, Septiembre de 2004, Tesis I.4º.A.440 A, p. 1896.

POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario “*pacta sunt servanda*”, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.⁹⁰

Ciertamente, nuestro Máximo Tribunal incurrió en una contradicción deleznable al sustentar este criterio, dado que afirmó, por un lado, que los tratados internacionales son parte integrante de la Ley Suprema de la Unión, y por el otro, declaró que tales materiales jurídicos se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución Federal, lo que nos parece un yerro mayúsculo, pues hizo notar que la Ley Suprema de la Unión y la Constitución Política de nuestro país no son lo mismo, sin explicitar realmente los motivos de este razonamiento extravagante y absurdo en la *ratio decidendi* del fallo. Esta tesis constituye, en consecuencia, un despropósito de gran calado, ya que es un disparate sostener que los tratados internacionales forman parte de la Ley Suprema de la Unión, aunque tengan, como se dice a renglón seguido, una jerarquía infraconstitucional en el ordenamiento jurídico mexicano; precisamente en virtud de lo anterior surge la siguiente pregunta antipática: ¿acaso la Constitución Nacional y la Ley Suprema de la Unión han de considerarse como conceptos distintos e incluso antagónicos? La respuesta afirmativa sería un contrasentido, puesto que los términos “Ley Suprema de la Unión” y “Constitución Política” son sinónimos, sobre todo a la luz de la jurisprudencia dogmática constitucional. Por otra parte, la Suprema Corte mexicana cometió un craso error al relacionar el principio *pacta sunt servanda* únicamente con el Derecho Internacional Consuetudinario, pues también es aplicable, y especialmente aplicable, al Derecho Internacional Convencional, conforme lo disponen los artículos

⁹⁰ *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, Abril de 2007, Tesis P. IX/2007, p. 6.

26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, toda vez que los pactos o tratados internacionales han de cumplirse en sus términos. No obstante lo anterior, la Corte sí razonó correctamente cuando dijo que el desconocimiento de las obligaciones contraídas por el Estado mexicano, en virtud del Derecho Internacional Consuetudinario, "... supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional", la cual es pasible, como se sabe, de ser examinada y descalificada en los estrados de la Corte Interamericana.

A pesar de estos errores, en la sesión ordinaria del Pleno celebrada el 12 de febrero de 2007, el Alto Tribunal tuvo el acierto de afirmar que "(...) los tratados internacionales que enriquecen los derechos que la Ley Fundamental reconoce son incorporados por la propia Constitución a las normas supremas que tienen rango constitucional (...)",⁹¹ lo que viene a dar viabilidad al tema *sub examine*, pues la justicia nacional está considerando correctamente que los acuerdos internacionales sobre derechos humanos, independientemente de su denominación, pueden hacer parte de la Constitución escrita, en la medida en que complementen sus disposiciones relativas a derechos fundamentales. A este respecto, sostenemos que tales materiales jurídicos integran un bloque de constitucionalidad o "una Constitución más allá de la Constitución escrita", ya que los tratados internacionales, como los acuerdos entre caballeros, no deben discutirse, sino que, en todo caso, han de cumplirse totalmente, sobre todo en lo que se refiere a la tutela de los derechos consustanciales de la persona humana.

Así mismo, consideramos pertinente reiterar que los jueces federales sólo podrán legitimarse correctamente en el contexto de una sociedad democrática, según lo hemos manifestado anteriormente, cuando dimensionen de una vez por todas que las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituyen nuevos parámetros de constitucionalidad y que, como tales, deben observarse indefectiblemente para proteger plenamente al ser humano ante cualquier potencial agresor. Lo anterior significa también que los jueces federales deben ser los máximos custodios de los derechos humanos y los artífices de un cambio genuino en México para que los violadores de los derechos consustanciales de la persona humana respondan por las consecuencias de sus actos.

Por último, sólo enfatizamos que los materiales jurídicos que hacen parte del bloque de constitucionalidad pueden ofrecernos una oportunidad valiosa para combatir, especialmente en sede judicial, las diversas injusticias que imperan en nuestro país, como la pobreza, pues constituye una manifestación de una desigualdad lacerante que no debe prevalecer

⁹¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p. 129.

más, así como la concentración de la riqueza en pocas manos, que se ha consolidado en los últimos años, porque es una negación de los derechos humanos, ya que impide el desarrollo sustentable de nuestro país; además, el conocimiento del tema *sub examine* nos permitirá subrayar —específicamente en la discusión académica— lo que el profesor Óscar Correas señala a continuación:

... que el principal derecho de todos —*todos*— los humanos del planeta, es el derecho a la vida buena. Todas las otras técnicas sociales, incluido el orden jurídico total, son eso: técnicas al servicio de la vida buena. De lo contrario, como es el caso hoy, no se justifican; no tienen legitimidad alguna.

La vida buena, es, nada más, la vida humana con todas las ventajas, comodidades, seguridades, que el desarrollo de la humanidad ha puesto en el escaparate, para que todos las vean, aunque no las puedan conseguir. Es decir, la humanidad ha llegado a un grado de desarrollo que permitiría la vida buena para todos. Pero el desarrollo social, esto es, las relaciones sociales, impiden el goce de la vida buena para todos. De allí que el segundo entre los derechos humanos, es el derecho al cambio social. Derecho que tienen, desde luego, obligados: los que poseen lo que sería necesario obtener para garantizar el goce del derecho principal para todos.

Que todo esto no le gusta a la minoría, sin duda. Por eso los defensores de los derechos humanos son perseguidos con mucha mayor efectividad que los narcotraficantes. Hay muchos menos de éstos en la cárcel, que de los primeros en el cementerio —cuando se los encuentra. Lamentablemente, en nuestra América Latina ésta es una verdad que no requiere ser comprobada con sutiles métodos sociológicos.⁹²

Como puede notarse, la valiosa aportación de Óscar Correas remarca que el verdadero discurso de los derechos humanos, que está implícito en los materiales jurídicos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, nos exige, *mutatis mutandi*, una conciencia colectiva protectora del derecho humano a “la vida buena”, la cual ha de entenderse simplemente como “la vida humana con todas las ventajas, comodidades y seguridades que el desarrollo de la ciencia hace posible hoy en día”, pues la pobreza de millones de personas y la riqueza oprobiosa de una minoría constituyen violaciones graves de este derecho; así mismo, debemos esforzarnos para que la conciencia colectiva conozca ampliamente qué son los derechos humanos, como los atinentes a la vida buena y al cambio social con el objetivo de que éste se pueda ejercer cuando las “técnicas sociales” (incluidos el derecho legislado y el judicial) ya no ofrezcan una tutela ideal

⁹² *Acerca de los Derechos Humanos. Apuntes para un ensayo*, Ediciones Coyoacán, México, 2003, pp. 9-10.

para el primer derecho. En esta tarea, que por cierto es gigantesca, no podemos dejar solos a los jueces (o a la protección judicial de los derechos humanos), pues como sociedad civil, como ciudadanos preocupados por las inequidades que cada día se multiplican en nuestro país, tenemos que trabajar por un cambio en la conciencia colectiva para que ésta impulse, desde una formación escolar o académica *ad hoc*, la lucha por nuestros derechos humanos, a fin de que estos últimos tengan una posibilidad de eficacia real en toda la nación y para que el pueblo pueda alcanzar la paz —la cual debe entenderse no sólo como la decisión individual y colectiva de no hacer la guerra, sino como una verdadera fraternidad humana. La conciencia de nuestros derechos, que puede derivar del conocimiento de los materiales jurídicos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, nos daría la enorme oportunidad de convertirnos, por primera vez, en dueños de nuestro destino colectivo.

VI. Bibliografía

ALEXI, Robert, “La fórmula del peso”, en Carbonell, Miguel (Coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos y Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, México, 2008.

ARTEAGA NAVA, Elisur, “El amparo Camacho. La impugnación de una reforma constitucional”, en *Alegatos*, número 46, México, septiembre/diciembre de 2000.

AUSTIN, John L., *Palabras y acciones*, Traducción al castellano de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, Ediciones Paidós, Barcelona, 1990.

BAZÁN, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales”, en Bazán, Víctor (Coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997.

CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004.

Comisión Internacional de Juristas, Memorial en Derecho *Amicus Curiae* presentado ante la Corte Constitucional de la República de Colombia sobre el Acto Legislativo N° 2 de 2003 “por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar al terrorismo”.

CORREAS, Óscar, *Acerca de los Derechos Humanos. Apuntes para un ensayo*, Ediciones Coyoacán, México, 2003.

Defensoría del Pueblo de Colombia, *Derecho Internacional Humanitario*, Red Nacional de Promotores de Derechos Humanos, Bogotá, 2002.

DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1992.

HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, Traducción, estudio preliminar, notas y bibliografía por Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000.

JULIO ESTRADA, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

LUHMANN, Niklas, *Introducción a la teoría de los sistemas*, Universidad Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavijero, México, 2002.

ORTIZ AHLF, Loretta, “Capítulo I. Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Martín, Claudia *et. al.* (Coords.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Distribuciones Fontamara, México, 2005.

RAMELLI ARTEAGA, Alejandro, “Sistema de fuentes del Derecho Internacional Público y “bloque de constitucionalidad”: recientes desarrollos jurisprudenciales”, en Montealegre Lynett, Eduardo (Coord.), *Anuario de Derecho Constitucional. Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

SALGADO, Alí Joaquín, *et. al.*, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 2003.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jerarquía normativa de los tratados internacionales en el derecho mexicano*, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, México, 2008.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, Distribuciones Fontamara, México, 2002.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 2001.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, recuperado el 22 de febrero de 2008 en www.dejusticia.org/pdf/libros/ru_bloqueConstitucionalidad.pdf.

VEGA, Juan Carlos *et. al.* (Dirs.), *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1988.