

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/303874941>

Retratos hablados. Los derechos fundamentales y su interpretación en sede constitucional e internacional.

Chapter · January 2009

CITATIONS

0

READS

24

1 author:



[José Luis Caballero Ochoa](#)

Universidad Iberoamericana Ciudad de México

49 PUBLICATIONS 57 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

RETRATOS HABLADOS. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INTERPRETACIÓN EN SEDE CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

José Luis CABALLERO OCHOA *

SUMARIO: I. Introducción. II. Problemática relacionada con la construcción argumentativa de los derechos fundamentales en México. III. Problemática relacionada con la admisión de jurisdicciones de tipo internacional. IV. Conclusión: hacia una integración de los derechos fundamentales en doble vía.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es analizar la dimensión que adquieren los derechos fundamentales ante la interpretación que realiza el juez de constitucionalidad, y que debe armonizarse necesariamente con el bagaje proveniente de los tratados internacionales en la materia.

Un análisis que en mi propia perspectiva advierte como telón de fondo el rostro concreto de la práctica mexicana, y pasa por algunos problemas que apuntaré a continuación, situados en tres niveles distintos de integración de los tratados sobre derechos humanos: la situación normativa que alcanzan ante los derechos fundamentales; el papel que juegan las jurisdicciones derivadas de los tratados en ámbito interno, así como el propio desarrollo jurisprudencial en sede internacional que nutre la integración de los derechos.

De esta manera, en primer lugar me abocaré a perfilar algunas cuestiones que se han asumido en nuestro contexto a la hora de efectuar la cons-

* Académico investigador en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México.

trucción argumentativa de los derechos fundamentales, y el papel que ha jugado la norma internacional en esta experiencia, ante lo que ha generado un modelo prácticamente de ruptura entre el derecho internacional y el derecho constitucional en México.

En segundo término, abordaré la problemática que se plantea desde la presencia de las jurisdicciones internacionales, concretamente el desarrollo de la interpretación jurisprudencial de las normas sobre derechos humanos previstas en Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH o “la Convención Americana”), por parte de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante, CrIDH o “la Corte Interamericana”).¹

No cabe duda que el juzgador hace frente de inicio a una estructura normativa muy limitada para la interpretación de los derechos fundamentales, en relación con los estándares internacionales, producto en buena medida de la falta de voluntad política de quienes tienen en sus manos la posibilidad de llevar a cabo las reformas constitucionales pertinentes.² Para botón de muestra lo siguiente:³

¹ Aunque en términos genéricos pudiésemos hablar de un desarrollo jurisprudencial del sistema interamericano de protección a los derechos humanos, tanto en las resoluciones de la Comisión como en las opiniones consultivas y las sentencias de la Corte Interamericana, propiamente ésta es quien produce jurisprudencia en su carácter de órgano jurisdiccional.

² A partir de junio de 2007, convocados por la Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, un grupo de académicos, académicas y organizaciones de la sociedad civil elaboraron una propuesta de reforma constitucional integral en la materia, que fue presentada tanto a las comisiones de derechos humanos del Senado y la Cámara de Diputados, como a la Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos del Congreso de la Unión (CENCA), el organismo previsto en la Ley para la Reforma del Estado. Lamentablemente, no ha habido interés por parte de los legisladores para llevar estos contenidos a la Constitución, no únicamente en relación con esta propuesta, sino también respecto a iniciativas sobre derechos humanos generadas en el contexto de la reforma del Estado, como la que presentó el senador Santiago Creel el 27 de noviembre de 2007. El texto íntegro del trabajo impulsado por el Alto Comisionado se publicó como *Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos, elaborada por las organizaciones de la sociedad civil y por académicas y académicos especialistas en derechos humanos*, México, OACNUDH, 2008.

³ No obstante, me parece que la falta de estos elementos no debería obstaculizar una labor argumentativa completa, que asuma la integración de los tratados sobre derechos humanos, porque de cualquier forma estos se incorporan como norma interna. La realidad ha sido distinta.

1. *La ausencia en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, CPEUM) de una reglamentación consistente en relación con los tratados internacionales*

A diferencia de lo que ocurre en la práctica de otros Estados constitucionales, en México un solo precepto regula la incorporación de los tratados internacionales; me refiero al artículo 133, una disposición cuyo cometido original no parece haber sido puntualizar la situación jerárquica de estas normas respecto al resto de fuentes del derecho, sino evidenciar la supremacía del pacto de la unión ante el sistema de distribución de competencias entre la Federación y las entidades federativas,⁴ lo que se denota a través de una serie de cuerpos normativos de carácter nacional:⁵ la Constitución, los tratados y las leyes constitucionales.⁶

Con el tiempo, esta ambigüedad ha traído consigo enormes lagunas precisamente sobre las relaciones de los tratados con el derecho interno,⁷ colmadas de alguna manera, a golpes de una jurisprudencia titubeante ante los vacíos propios de la CPEUM.

Se trata de un desarrollo constitucional ostensiblemente menor frente a otros que han incluido una serie de disposiciones indispensables para una adecuada incorporación de la norma internacional, como sería la ne-

⁴ Establece: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados”.

⁵ *Cfr.* Ortiz Ahlf, Loretta, “Jerarquía entre leyes federales y tratados”, Ortiz Ahlf, Loretta et al., *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004, p. 139.

⁶ A leyes constitucionales se refiere un sector de la doctrina (*Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 2003, pp. 70 y ss.), también llamadas leyes reglamentarias, de desarrollo constitucional o, según los últimos criterios de la Corte, leyes generales. Véase el juicio de amparo en revisión 120/2002, “Mac Cain México, S. A. de C. V., resuelto por el Pleno el 13 de febrero de 2007.

⁷ Manuel Becerra señala que el modelo constitucional mexicano, tomado del norteamericano, ha dejado sin resolver una serie de problemas, principalmente los relativos a colisiones normativas entre el derecho internacional y el interno. Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 41.

cesidad de un control previo de constitucionalidad de los tratados, el reconocimiento de un principio de autonomía de los mismos en función de su entrada en vigor, modificación o suspensión, etcétera.⁸

2. *La falta de reconocimiento de los diferentes tipos de tratados, especialmente los relativos a derechos humanos*

Es una omisión importante porque necesariamente, por su propia naturaleza, los tratados internacionales se ubican en una relación horizontal con la legislación interna a la que impactan.

La distinción se vuelve indispensable en el caso de los instrumentos sobre derechos humanos, debido a que integran las normas sobre derechos fundamentales previstas en la Constitución. De esta forma, la dimensión completa de los derechos se establece desde el contenido constitucional, y alcanza a la norma internacional en la materia, atendiendo además a criterios expansivos para su interpretación, en el sentido de privilegiar los contenidos normativos que protejan con mayor eficacia a las personas. El diseño constitucional comparado da cuenta claramente de un tratamiento diferenciado para la incorporación de este tipo de tratados.⁹

⁸ En un ejercicio de comparación con la Constitución Española, la CPEUM adolece de cuestiones primordiales, previstas en las siguientes disposiciones de la primera: la posibilidad de incorporar no sólo tratados internacionales, sino verdaderos ordenamientos de integración derivados de los mismos (artículo 93); la aprobación previa por parte del Poder Legislativo de la celebración de tratados cuya materia fuera de especial importancia para la estructura y organización del Estado o para los derechos humanos (artículo 94); el control previo de la constitucionalidad (artículo 95); un desarrollo sobre la situación que guardan los tratados en el sistema de fuentes del derecho, así como lo relativo a la entrada en vigor, denuncia y normas de interpretación de los mismos (artículo 96); de igual manera, una regulación propia para los instrumentos relativos a los derechos humanos (artículo 10.2).

⁹ Una importante referencia en el caso europeo con respecto a los miembros del Consejo de Europa y sus desarrollos constitucionales, es la edición de Robert Blackburn y Jörg Polakiewicz, *Fundamental rights in Europe, The ECHR its Member Status, 1950-2000*, Oxford, Oxford University, Press, 2001. Entre nosotros, sobre la incorporación de los tratados de derechos humanos a las Constituciones de Iberoamérica, cito tres importantes trabajos: el estudio de Ariel Dulitzky; “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”, Buergenthal, Thomas y Cancsado Trinidad, Antonio, *Estudios especializados en derechos humanos I*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996; Ortiz Ahlf Loretta, “Integración de las normas internacionales en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica”, en Ortiz Ahlf, Loretta *et al.*, *Ensayos en*

3. *Las normas sobre la incorporación de los tratados de derechos humanos en la legislación secundaria*

La falta de un adecuado reconocimiento de la norma internacional sobre derechos humanos ha propiciado que en algunos de los más importantes ejercicios legislativos de los últimos años, especialmente aquellos en cuyo diseño tuvieron una participación destacada académicas, académicos y organizaciones de la sociedad civil, se haya incluido la temática correspondiente.¹⁰ Esto ha hecho evidente un principio de constitucionalidad sobre la interpretación de los derechos fundamentales, en el sentido de que conforman un conjunto mínimo de prerrogativas, susceptible de ampliación mediante tratados internacionales o normatividad secundaria,¹¹ aunque lo deseable sería la inclusión constitucional de estos aspectos que superen este desfase normativo.

II. PROBLEMÁTICA RELACIONADA CON LA CONSTRUCCIÓN ARGUMENTATIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO

En virtud de esta deficiente estructura constitucional, y de una concepción formalista y un tanto anquilosada del derecho, no exenta de prejuicios,

torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos, México, Porrúa–Universidad Iberoamericana, 2004; Manili, Pablo Luis, “La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano”, Méndez-Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

¹⁰ Por ejemplo en la Ley Federal de Protección al Consumidor (artículo 1o., tercer párrafo); Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (artículo 2o.); Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (artículos 3o., 6o., 7o.); Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (artículo 6o., segundo párrafo).

¹¹ Un ejemplo clarísimo de esta ampliación lo encontramos en la Ley de Responsabilidad Civil para Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, cuyo sustento específico no es una disposición constitucional del capítulo sobre derechos, al carecer la propia CPEUM de una regulación en la materia, sino el artículo 133. Así, el artículo 1o., primer párrafo señala: “Las disposiciones de esta ley son de orden e interés público y de observancia general en el Distrito Federal, y se inspiran en la protección de los Derechos de la Personalidad a nivel internacional reconocidos en los términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

se ha fincado un punto de vista sobre el papel que juegan los tratados internacionales en relación con los derechos fundamentales, que ha impactado en la interpretación de los derechos por parte de los jueces, específicamente de la jurisdicción constitucional, así como los distintos espacios donde se piensa, se genera o se construye el derecho: las instituciones de educación superior, el ámbito legislativo, el ejercicio de gobierno en el diseño de políticas públicas, etcétera.

La premisa fundamental, que ha constituido un lugar común en la práctica mexicana, limitando la dimensión expansiva de los derechos fundamentales, es la siguiente:

“Los tratados internacionales sobre derechos humanos no ostentan una jerarquía constitucional expresa, y, por tanto, no integran a cabalidad el desarrollo de los derechos fundamentales; posibilitan, en todo caso, instancias procesales ulteriores para su protección ante violaciones por parte de la autoridad”.

A su vez, esta idea pasa por algunas cuestiones que es necesario confrontar de cara a la experiencia contemporánea de vinculación entre diferentes sistemas normativos:

1. *La necesidad de acudir al principio de jerarquía normativa para la aplicación de ordenamientos de carácter extra constitucional*

- a) La jerarquía normativa ha sido un principio fundamental para organizar el sistema de fuentes del derecho, y como regla de resolución de conflictos entre leyes (*lex superior derogat inferiori*). Sin embargo, no parece ser un medio plausible para atender la incorporación de ordenamientos no producidos a partir de la Constitución,¹² como lo han evidenciado los diferentes sistemas internacio-

¹² En realidad tampoco es el principio para articular algunos ordenamientos producidos desde la Constitución, como es el caso de los sistemas federales, cuya relación entre la Federación y las entidades federativas se decanta por el principio de distribución de competencias, como precisa el artículo 124 CPEUM. Enrique Linde en una posición muy crítica sobre la pertinencia del principio de jerarquía en nuestros días, señala que tampoco ha servido para articular las relaciones —en el caso español— entre el Estado y los ordenamientos de las Comunidades Autónomas. Linde Paniagua, Enrique, *El sistema de competencias de la Unión Europea en el Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa*, Madrid, COLEX, 2006, pp. 28 y 29.

- nales de protección a derechos humanos, así como el derecho de la integración, claramente expresado en la Unión Europea.
- b) Los modelos constitucionales actuales han empleado el principio de distribución de competencias para abordar la articulación de diferentes ordenamientos. La bondad de este principio radica en la consideración de la naturaleza jurídica de los propios tratados, que reivindican una especial autonomía para su creación, entrada en vigor, observancia, interpretación, modificación o denuncia, así como el respeto a la determinación contractual de las partes;¹³ de igual manera, de la naturaleza de los contenidos normativos, que se vinculan con la reglamentación interna que los recibe, a través de un principio de especialidad, incluso en el caso de los tratados sobre derechos humanos, al incidir en las normas constitucionales.
- c) Esta concepción se armoniza igualmente con la idea contemporánea de supremacía constitucional, que va dejando atrás el paradigma de codificación de tipo piramidal decimonónica, para configurarse como un principio que permite la convergencia armónica hacia la Constitución de una pluralidad de ordenamientos,¹⁴ unos

En el mismo sentido se pronuncia José María Jover: "...la concurrencia en un mismo ámbito de normas procedentes de diversos Ordenamientos jurídicos, y la necesidad de articular todo ese conjunto de normas en un nuevo sistema más amplio, pondrá pronto de manifiesto las insuficiencias de aquel instrumento (el criterio de jerarquía) al menos en su concepción más original.", *Constitución y derecho comunitario*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2004, p. 33.

¹³ Véase, entre otros, los artículos 20., 24, 26, 27, 31, 42 y 56 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Con respecto al modelo español, Enrique Linde ha señalado: "Lo que hace el texto constitucional español es *crear un espacio normativo propio*, en el interior de nuestro sistema jurídico, cuyo contenido tiene que ser conforme a la Constitución sin subordinarse a ésta ni al derecho de la misma derivado, ni viceversa, lo que sólo es comprensible desde el principio de competencia. Desde este principio se explica que los tratados se apliquen de modo preferente a cualquier otra norma de derecho interno, y se exija que su inaplicación, derogación, modificación o suspensión sólo pueda tener lugar de acuerdo con lo previsto en los propios tratados, y subsidiariamente de acuerdo con lo previsto en las normas generales del derecho internacional", *El sistema de competencias...*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴ Pluralidad es una idea clave en el constitucionalismo contemporáneo. Ángel Rodríguez señala que "los objetivos que el pluralismo normativo propio de los regímenes constitucionales persiguen pueden resumirse en la idea de aceptar la pluralidad de normas y centros de producción normativa como vía para preservar el pluralismo social que el régimen constitucional protege y fomenta", Rodríguez, Ángel, *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2001, p. 30.

producidos por ella misma, otros en sede internacional o de los sistemas de integración.¹⁵

- d) En este sentido, la vinculación con el derecho internacional requiere concebir una pluralidad ordinamental a la que no se accede a partir de una posición jerárquica, en el entendimiento de que los tratados internacionales son ordenamientos comunicados de origen con el derecho interno,¹⁶ en sí mismos indisponibles para este orden,¹⁷ lo que permite atender claramente problemas de preferencia en la aplicación o colisiones normativas, sin la pretensión de declarar la invalidez de una de las normas en conflicto, como ocurre en atención al principio de jerarquía, y que no es aplicable respecto de los tratados internacionales.

Tratándose del régimen jurídico mexicano, la doctrina ha ido caminando paulatinamente en este sentido.¹⁸ Así, con respecto al artículo 133 CPEUM, Manuel Becerra ha señalado que interpretar que esta disposi-

¹⁵ Es la postura que sostiene un constitucionalista de la talla de Gustavo Zagrebelsky en su ya clásico *El derecho dúctil*: “Para darse cuenta de esta transformación (la asunción del pluralismo en una Constitución democrática), ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir”, Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2003, p. 14.

En relación con el caso español, Enrique Linde precisa que la Constitución ha previsto “que los tratados no estén subordinados a ellas, aunque sí exija que sean conformes a la misma, para que integren el ordenamiento jurídico español”. *El sistema de competencias...*, *op. cit.*, p. 37.

¹⁶ Linde Paniagua, Enrique, “Eficacia del Convenio en el derecho español”, en García de Enterría, Eduardo *et al.*, *El Sistema europeo de protección a los derechos humanos*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1983.

¹⁷ En este sentido, Juan Luis Requejo es contundente en su afirmación: “En realidad no hay más Ordenamiento que el nacional, conformado por dos tipos de normas: las producidas por órganos y procedimientos propios y las elaboradas por cauces normativos que le son indisponibles en su existencia (las normas internacionales)”. Requejo Pagés, Juan Luis, *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre aplicación de normas*, Madrid, MacGraw-Hill, 1995, p. 12.

¹⁸ Véase la síntesis que, al respecto, hace el doctor Becerra sobre las distintas posiciones de distinguidos juristas mexicanos. *La recepción del derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 111.

ción establece una jerarquía de ordenamientos, sólo propicia discusiones interminables sobre el papel de los tratados en esa pirámide normativa.¹⁹

2. *En consecuencia, la idea de que la situación jerárquica de los tratados internacionales impide una incidencia de tipo constitucional en la construcción de los derechos fundamentales*

Se trata de una constante que ha condicionado la actuación de los operadores jurídicos, quienes en su mayoría, aprecian la perspectiva internacional de dos formas: como un recurso subsidiario una vez que se han agotado los recursos internos, o como una normativa que hay que citar para soportar de alguna manera la argumentación en la defensa de los derechos fundamentales.

Una tercera alternativa, es la que se distancia de esta premisa, y aprecia a los tratados sobre derechos humanos como tratados de constitucionalidad.

A. *Los tratados como vía para un recurso de “amparo transnacional”*

a) A partir del surgimiento y madurez del derecho procesal constitucional, así como del reconocimiento de la competencia contenciosa de la CrIDH el 16 de diciembre de 1998, la doctrina mexicana no ha dudado en reconocer a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos, como parte de la jurisdicción constitucional,²⁰ aun cuando no existe la previsión directa en la propia CPEUM, salvo el soporte

¹⁹ *Ibidem*, p. 112.

²⁰ Eduardo Ferrer, cuyo trabajo de análisis y estructuración del derecho procesal constitucional, ha sido fundamental para el desarrollo de esta disciplina en México, ha señalado que la misma ha cobrado una dimensión transnacional a partir de la aceptación de nuestro país de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, lo que implica un complemento a la normativa interna en la materia de derechos humanos. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional), en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., t. II, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., 2004, p. 1572.

del artículo 133, por el que la CADH —instrumento en el que se reside la Corte Interamericana— deviene en ley interna. Específicamente se le ha ido conociendo como un “amparo transnacional”,²¹ lo que tiene connotaciones no menores.

En primer lugar, el reconocimiento de que desde ya se incorpora la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana, con todas sus implicaciones, por vía de articulación del artículo 133, CPEUM, implica que, para reconocer a los tratados sobre derechos humanos en toda su virtualidad —incluso su incidencia directa en los derechos fundamentales— no se requeriría expresa y necesariamente un reconocimiento de la jerarquía constitucional.

En segundo término, al referirnos a un amparo transnacional se está admitiendo, desde luego, una dimensión integradora de los derechos fundamentales; digamos que hay una aceptación tácita de este aspecto, porque este recurso se endereza para la defensa de derechos integrados: derechos previstos en la norma internacional que han sido vulnerados, pero que en definitiva son derechos que primero se han vulnerado en la Constitución.

Es el agotamiento de recursos internos para la defensa de los derechos fundamentales el que abre la puerta para la jurisdicción internacional en la Corte Interamericana; una defensa de los derechos contenidos en la CADH, pero que necesariamente tuvo que atenderse desde la perspectiva de defensa del derecho fundamental mediante el amparo. Una sentencia al respecto, como la que aún no hacemos frente en México,²² lo que hará es proteger un derecho constitucionalmente integrado, ya que fue lo que

²¹ Cfr. Ferrer, Eduardo “Del amparo nacional al amparo transnacional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-CNDH, 2004, pp. 175 y ss.

²² A la Corte Interamericana únicamente han llegado el caso *Martín del Campo Dodd vs. México*, desestimado por invocar hechos acaecidos con anterioridad a la aceptación de México de su competencia contenciosa, así como el *Caso Castañeda Gutman*, pendiente aún de resolución a abril de 2008. La Comisión Interamericana ha determinado enviar a la Corte dos casos más en fechas recientes: el 4 de noviembre de 2007, los casos números 12,496, 12,497 y 12,498, *Caso campo algodonero: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera y Laura Berenice Ramos Monarrez*, sobre los feminicidios en Ciudad Juárez, Chihuahua; el 13 de marzo de 2008, el Caso 12,511 *Rosendo Radilla Pacheco*, en relación con la desaparición forzada de personas en el contexto de la llamada “Guerra Sucia” de las décadas de 1970 y 1980 del siglo pasado.

activo el proceso de agotamiento de recursos internos previo al juicio en la CrIDH.²³

b) Sin embargo, esta dimensión expansiva de un “amparo transnacional” se ha visto limitada ante la cuestión de la jerarquía infraconstitucional que ocupan los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano. En consecuencia, hay una peculiar resistencia a considerar una dimensión integradora de los derechos fundamentales, un valor constitucional implícito, por lo que sólo se acentúa la dimensión de protección y defensa subsidiaria, pero no de construcción de los derechos a partir de los tratados.

Se olvida así que un aspecto insito a la naturaleza de estas normas es su integración constitucional, más allá de la jerarquía, como lo han ido desarrollando las jurisdicciones internacionales en la materia, ya sea la CrIDH²⁴ o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH, o “Tribunal de Estrasburgo”), cuya función interpretativa tiene un efecto expansivo, es decir un ejercicio competencial que se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), el “efecto de la cosa interpretada”,²⁵ como se le conoce, y que implica la necesidad de que los Estados hagan compatibles sus regímenes legales internos ante las resoluciones del Tribunal, aún y cuando no hayan acudido como partes en una *litis* de-

²³ Además, en la práctica comparada se ha utilizado la figura del amparo para obtener la ejecución de resoluciones internacionales, cuyo incumplimiento deviene nuevamente en la violación a derechos fundamentales. Tal es el caso de la sentencia de amparo del Tribunal Constitucional español 245/1991 del 16 de diciembre, que posibilitó la ejecución de la Sentencia TEDH 1/1988, del 6 de diciembre, *caso Barberá, Messegué y Jabardo vs. España*.

²⁴ Desde el inicio de su actividad jurisdiccional, en la opinión consultiva 2/82 del 24 de septiembre de 1982, la Corte Interamericana señaló que el objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos no es otro que “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (párrafo 29). [La jurisprudencia de la CrIDH en: <http://www.cortheidh.or.cr>]. Obligaciones que en el caso de la CADH incluyen la armonización legislativa (artículo 2o.), y la consideración de privilegiar las normas más protectoras de la persona, sobre el tratado o sobre la legislación interna, según sea el caso (artículo 29).

²⁵ Ruiz Miguel, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 53.

terminada, tal y como lo estableció la ya clásica resolución del *Caso Irlanda vs. Reino Unido*, del 18 de enero de 1978.²⁶

Lo anterior significa que los tribunales sobre derechos humanos se encuentran en realidad abocados a establecer jurisprudencia producto de su actuación, que trasciende la estricta aplicación del derecho a la solución de un caso concreto, como es propio de los tribunales constitucionales; jurisprudencia que debe informar los derechos fundamentales de cada Estado.

La naturaleza de estas normas requiere su aplicación de esta manera, no de otra. Tan es así que en el caso de México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN o “la Corte”), al resolver el amparo en revisión 1475/98, del 11 de mayo de 1999, del que emanó la tesis jurisprudencial PLXXVII/99 —la que determinó el nivel de los tratados internacionales como normas de segundo nivel por debajo de la CEPUM y por encima de la legislación federal— paradójicamente no se sustrajo a la necesidad de evidenciar el papel que cumple la norma internacional sobre derechos humanos al ampliar la dimensión normativa de los derechos fundamentales,²⁷ lo que equivale prácticamente a reconocer su rango constitucional.²⁸

B. *Los tratados internacionales sobre derechos humanos como normas de soporte para los operadores jurídicos*

²⁶ En el párrafo 154: “The Court’s judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court, but more generally, to elucidate, safeguard and developed the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties” [La jurisprudencia del TEDH en: <http://www.echr.coe.int/echr/>].

²⁷ Así, la SCJN señaló: “Puede darse el caso de convenios internacionales que amplíen las garantías individuales o sociales y por no estar dentro de las normas constitucionales no podrán ser aplicadas en nuestro derecho. En este caso, conviene analizar las características de la norma internacional que se pretende aplicar y en función de ella atender a la finalidad de las disposiciones constitucionales de que se trata. En el ejemplo, es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales. Situación diversa de la que, por el contrario, merme la esfera de protección que la Constitución da per se a los gobernados”, considerando octavo, foja 74, segundo párrafo, *in fine*.

²⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana...”, *op. cit.*, p. 1580.

a) Aun cuando en el discurso se va reconociendo esta integración a la que me he referido, en la práctica se evita atender al llamado “bloque de constitucionalidad” de los tratados internacionales, por esta concepción formal de tipo jerárquico;²⁹ de tal manera que es difícil encontrar resoluciones en la jurisdicción constitucional que verdaderamente construyan el contenido de los derechos teniendo en consideración los tratados y la jurisprudencia derivada de los mismos, a pesar de que los instrumentos se citen cada vez más.

b) Un segundo nivel de incidencia de los tratados, superior al de reconocer únicamente la posibilidad de introducir un recurso subsidiario para la defensa de los derechos humanos, tiene lugar cuando la práctica de la judicatura, especialmente la del tribunal constitucional, se ve interpelada por la invocación de estas normas en la materia de un caso planteado.

Efectivamente, una cuestión es que las jurisdicciones de constitucionalidad citen los tratados como soporte, y otra es que realmente construyan el contenido de los derechos fundamentales a la luz de lo que establecen los instrumentos internacionales y las jurisdicciones internacionales a cargo de su interpretación, el contenido “constitucionalmente declarado” de los derechos, como ha precisado el Tribunal Constitucional español.³⁰

c) No es difícil encontrar cada vez más resoluciones en donde se citan profusamente disposiciones de los tratados, pero como de soporte legislativo, como un elenco de normas en donde fundamentar la aplicación de

²⁹ Regularmente se ha considerado que la conformación de un bloque de constitucionalidad de los tratados sobre derechos humanos supone el reconocimiento de su jerarquía constitucional.

De esta manera, en España se ha evitado aludir a esta integración señalando que el amparo procede sólo contra violaciones a los derechos fundamentales como apunta el artículo 53.2 constitucional, aunque evidentemente se trata de un derecho constitucional integrado, de acuerdo al canon interpretativo del artículo 10.2: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. No obstante, es improcedente tratándose de los derechos contenidos en los instrumentos internacionales, por cuanto éstos no ostentan propiamente una jerarquía constitucional. Alejandro Saiz considera que los tratados sobre derechos humanos no son fuente de derechos fundamentales en sí mismos, aunque sí sirven para concretar el contenido de los previstos en la Constitución. Sainz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 82.

³⁰ Sentencia 36/1991, del 14 de febrero, fundamento jurídico 5.

ciertas reglas, y no como construcción de principios que, a través de la ponderación de valores constitucionales, deben sustentarse mediante argumentación jurídica.³¹ Me parece que nos encontramos nuevamente ante un resabio de nuestra excesiva formación de sustrato liberal, jerarquizada, y positivista, que intenta aplicar las normas articuladas en un código, *ad literam* al caso concreto. El derecho como una realidad, que debe ser simplemente conocida, no como una apropiación que busca dar respuesta a problemas concretos, como ha señalado Zagrebelsky.³²

De esta manera, se piensa que la aplicación de los tratados es reiterar tímidamente disposiciones normativas de los mismos,³³ o bien señalar

³¹ *Cfr.* Cárdenas Gracias, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 111 y ss.

³² Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 27 y ss.

³³ Una sentencia modélica, a mi juicio, sobre el derecho a la salud de militares infectados con VIH es la que dictó el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en el Amparo en Revisión 799/2003, el 21 de abril de 2004, especialmente por la perspectiva de constitucionalidad, que de manera general, interpreta sobre los tratados de derechos humanos, además del propio sentido de la resolución en la protección del amparo a los quejosos. Sin embargo, al momento de acudir a los preceptos concretos, se limitó exclusivamente a citar disposiciones de distintos instrumentos de los que México es parte, relativas a la prohibición de discriminar y al derecho a la salud. (considerando octavo, pp. 57-59)

El encabezado de tal desarrollo señala: “Los instrumentos internacionales que desarrollan los temas que interesan y de los que México es parte, son:” (p. 57) De ahí se sigue solamente la cita de instrumentos y artículos relacionados. De igual forma, en uno de los amparos resueltos por el Pleno de la SCJN sobre los mismos casos, el amparo en revisión 1659/2006, del 27 de febrero de 2007, la Corte resolvió la inconstitucionalidad de la ley secundaria en que se soportó la declaración de inutilidad para que un militar contagiado de VIH siga prestando sus servicios en las fuerzas armadas, a partir de bienes constitucionales en colisión: salvaguardar la eficacia del Ejército por un lado, y por otro, asegurar el derecho a la salud y la igualdad mediante la prohibición de discriminar.

Para esto la SCJN recurre plausiblemente al concepto de contenido esencial del derecho, y al principio de proporcionalidad ante conflictos entre principios constitucionales, para resolver en favor del quejoso y declarar la inconstitucionalidad de la norma secundaria, es decir, privilegiando los derechos fundamentales. Sin embargo, en toda su argumentación omitió integrar los derechos fundamentales a la igualdad, a la salud, la dimensión concreta de la no discriminación de acuerdo con las normas internacionales en la materia y la jurisprudencia que la desarrolla. Lamentablemente, y sin quitar méritos a la resolución, únicamente en el considerando sexto, al referirse al examen de constitucionalidad de la legislación (p. 87), cita de pasada los artículos 33, 34, y 35 de la Declaración de Derechos y Humanidad sobre el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y el Síndrome de Inmuno-

simplemente que algunas normas sobre derechos se encuentran en los tratados de los cuales el Estado es parte.

Así ocurrió en el improcedente amparo en revisión 743/2005, *caso Castañeda Gutman*, en donde la SCJN, para salir del paso en el sentido de justificar que los derechos político-electorales efectivamente son derechos humanos, pero no garantías individuales, y, por tanto, no son prerrogativas susceptibles de defensa por medio del amparo, señaló que “no pasa inadvertido” que los derechos políticos se encuentran reconocidos en diversos instrumentos internacionales, ¡cuando en realidad pasó totalmente inadvertido! En realidad la expresión “no pasa inadvertido” lo ha dicho todo. De esta manera, ante la invocación por parte de la actora de diversas disposiciones, especialmente de la CADH, y la solicitud de su aplicación como elementos de integración de los derechos, la Corte sólo se limitó a hacer una referencia a las mismas, cumpliendo con el requisito formal, y evitando de nueva cuenta la articulación puntual de estas normas en el ordenamiento.³⁴

3. Los tratados internacionales sobre derechos humanos como tratados de constitucionalidad

a) En contraste, en el contexto mexicano algunas resoluciones ya han iniciado este recorrido de construcción de los derechos fundamentales, a

deficiencia Adquirida (SIDA), así como algunos lineamientos de la Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA.

³⁴ Transcribo la redacción que pasa por alto cualquier análisis, y simplemente alude a los instrumentos que reiteradamente fueron invocados por la parte actora. Se trata del considerando cuarto, foja 78, párrafos quinto y sexto: “No pasa inadvertido que, como sustenta el recurrente, efectivamente los derechos políticos están comprendidos dentro de los derechos humanos, porque reúnen las características comunes a éstos, es decir, son universales, inherentes al hombre, imprescriptibles, irrenunciables e integrales, esto es, la violación de unos presupone la violación de todos, y conllevan la obligación del Estado de no impedir su ejercicio. Además, porque se encuentran reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de mil novecientos sesenta y seis, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de mil novecientos cuarenta y ocho y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) que el Estado ha suscrito.

Sin embargo, aun cuando los derechos humanos o fundamentales comprenden también los derechos civiles y político, y por ende, su protección es de mayor valor, ello no modifica o altera el que, conforme al artículo 35, fracción II, constitucional, el ser votado para un cargo de elección popular es sustancialmente una prerrogativa.

semejanza de jurisdicciones de constitucionalidad modélicas como son los casos de Argentina, España o Colombia, no sólo a partir del marco normativo ofrecido por las disposiciones de los tratados, sino con la integración jurisprudencial de la CrIDH, lo que, como he señalado, debe constituir el contenido constitucional completo de los derechos, y que sirve de marca para los operadores jurídicos, especialmente a los legisladores en el diseño de normatividad secundaria y a los jueces en la interpretación de las normas.

En este sentido, se ha expresado la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*:³⁵

*En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de la convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*³⁶

Ante colisiones normativas, se debe aplicar la norma más protectora de la persona, argumentando a partir de la ponderación de principios constitucionales, y valorando su aplicación al caso concreto,³⁷ tal como establecen los mismos tratados, al considerar que no pueden ser interpretados en un sentido lesivo ante normas más protectoras en la legislación interna.³⁸

b) Tenemos un ejemplo de integración de los derechos fundamentales a partir de los tratados sobre derechos humanos, en el amparo en re-

³⁵ Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

³⁶ Párrafo 124, *in fine*.

³⁷ Jaime Cárdenas apunta que la ponderación establece una jerarquía axiológica de principios. Una jerarquía, móvil, mutable, en función de la aplicación de los principios al caso concreto, *La argumentación como derecho, op. cit.*, p. 114.

³⁸ Véase así el artículo 29 CADH o el artículo 53 CEDH. A los principios *pro persona*, y “maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales”, se refiere Miguel Carbonell, en el contexto de los parámetros interpretativos que actualmente deben emplear los jueces constitucionales, además de los principios de ponderación, proporcionalidad, razonabilidad, efecto horizontal de los derechos (*Drittwirkung*), etcétera. *Cfr.* “Presentación; El neoconstitucionalismo en su laberinto”, Carbonell, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo*.

visión 1595/2006, del 29 de noviembre. La Primera Sala de la SCJN, al determinar que la libertad de expresión presente en la difusión de ideas sustentadas por convicciones religiosas, no puede ser objeto de censura, incluyó los contenidos derivados del artículo 13 de la CADH y su interpretación por la CrIDH en el caso “La última tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y Otros vs. Chile*).³⁹

Al apreciar que este derecho es uno de los más importantes en una democracia constitucional, acudió al caso resuelto por la Corte Interamericana, para determinar las implicaciones de la difusión de ideas, y de la prohibición de censura, que tiene excepciones muy precisas, como la legislación sobre espectáculos públicos, ante un derecho de terceros en conflicto, concretamente el de los niños, niñas y adolescentes, como precisa el artículo 13.4 CADH.⁴⁰

En el caso en cuestión, la Corte dotó de contenido a la libertad de expresión y a la libertad religiosa, precisando que uno de los elementos esenciales de ese contenido es la exteriorización de las propias convicciones⁴¹ (la difusión de las ideas religiosas), que no puede ser limitado por legislación secundaria, con mayor razón en este caso, en que además estamos frente a un reglamento —el artículo 123, fracción X del Bando Municipal emitido por el Ayuntamiento de Toluca— sino que, en consideración al valor preponderante que tienen estos derechos en la sociedad democrática, las limitaciones sólo proceden en casos muy puntuales, como los señalados por la CrIDH, anclados en derechos de terceros.

La Corte precisó que este ejercicio no siguió el patrón de la ponderación de principios en juego, propio de los tribunales constitucionales al resolver cuestiones de derechos humanos,⁴² sino que acudió directamente a

³⁹ Sentencia de fondo del 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.

⁴⁰ Que establece: “Los espectáculos público pueden ser sometidos por ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2”. Véase el considerando quinto, punto 1: “Encuadre constitucional del caso: los derechos fundamentales implicados” de la sentencia.

⁴¹ A propósito de esta resolución, José Ramón Cossío ha señalado que la libertad de pensamiento, y la religiosa conllevan necesariamente una dimensión externa, a través de la participación en determinados actos, y en general, mediante “el compromiso con un tipo de vida que estimen congruente con las mismas”. Cossío, José Ramón, “Laicidad del Estado y libertad religiosa: cómo armonizarlas”, *Letras Libres*, México, núm. 112, abril de 2008, p. 63.

⁴² De esta manera, en el considerando quinto, en el punto 2. “El estándar de revisión constitucional en este caso”, párrafo quinto considera que es innecesario realizar al tipo

la aplicación de una regla concreta prevista en la CADH y desarrollada a través de la jurisprudencia de la CrIDH.⁴³ Señala, en una interesante puntualización, que ya la ponderación previa la hicieron los Estados parte al establecer la norma, como puede suceder también en el caso de reglas que el Constituyente prevea en la propia Constitución.⁴⁴

c) Otro ejemplo plausible es una resolución de la Sala Superior Tribunal Electoral del Poder Judicial (en adelante, TEPJF, o “el Tribunal Electoral”), un organismo jurisdiccional que regularmente ha incorporado a la norma internacional sobre derechos humanos en su interpretación. Se trata del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-695/2007, del 6 de julio, el llamado *Caso Hank*.

El TEPJF resolvió una cuestión de integración del derecho fundamental al sufragio pasivo, en un ejercicio de ponderación entre el artículo 35, fracción II CPEUM, que establece el derecho a ser votado “*teniendo las calidades que establezca la ley*”⁴⁵ —en este caso el artículo 42, párrafo tercero de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, que hacía nugatorio el derecho del actor para contender como candidato a gobernador de esa entidad federativa, al estar ocupando el cargo de presidente Municipal de Tijuana⁴⁶— y su compatibilidad con el artículo 23.2 de la CADH,⁴⁷ que establece las limitaciones permisibles a este derecho —limitaciones de carácter personal— a la luz de la interpretación construida por la

de “operación analítica” propia de los tribunales constitucionales para determinar una posible justificación a la limitación de un derecho. “En la medida que la norma que ha sido sometida a nuestra consideración pueda calificarse de censura previa, será obligado concluir que es inconstitucional”.

⁴³ “A veces, sin embargo, la Constitución misma o los tratados internacionales de derechos humanos incluyen normas específicas, normas que estructuralmente son reglas, no principios, y que por tanto dictan con precisión el tipo de conclusión jurídica que se sigue en una determinada hipótesis”. *Ibidem*, párrafo cuarto.

⁴⁴ *Idem*. Un ejemplo concreto de una regla en materia de derechos fundamentales en la CPEUM es la prohibición de discriminar, contenida en el artículo 1o. tercer párrafo.

⁴⁵ La disposición establece: “Artículo 35. Son prerrogativas del ciudadano:

II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley...”.

⁴⁶ A la letra: “No podrán ser electos Gobernador del Estado...”.

Los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, Diputados locales, Presidentes Municipales, Síndicos, Procuradores y Regidores de los Ayuntamientos durante el periodo para el que fueron electos; aun cuando se separen de sus cargos; con excepción de los suplentes siempre y cuando éstos no estuvieren ejerciendo el cargo”.

⁴⁷ “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades

CrIDH en el modélico *caso Yatama vs. Nicaragua*, del 23 de junio de 2005.⁴⁸

El trabajo argumentativo permitió observar la dimensión que alcanza el derecho al sufragio pasivo, aun cuando el Tribunal Electoral evitó a toda costa efectuar un contraste entre la norma impugnada, los tratados internacionales, y la CPEUM, por lo que en el ámbito formal de su construcción argumentativa, se limitó a verificar la compatibilidad de la legislación local con los tratados internacionales, siguiendo el criterio de jerarquía normativa ofrecido por la Corte en su interpretación del artículo 133 de la CPEUM.

Esta autocontención se debe a una serie de criterios emitidos por la SCJN que han cerrado la puerta a la posibilidad de que un ciudadano pueda activar el control constitucional de la legislación electoral a través de los mecanismos de impugnación correspondientes, al señalar que el TEPJF es incompetente para este tipo de control, según se ha pronunciado en diversas ejecutorias.⁴⁹ Además de considerarse como causal de improcedencia de estos medios, la pretensión de impugnar “*la no conformidad a la Constitución de leyes federales o locales*”, como precisa el artículo 10 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

a) de participar en la dirección de asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

⁴⁸ Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C, núm. 127.

⁴⁹ Cito de manera general el rubro de las tesis. Por ejemplo, la tesis P./J. 23/2002, del 10 de junio de 2002, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, que señala: “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES”. O bien, la tesis P./J. 24/ 2002, de la misma fecha: “CONTRADICCIÓN DE TESIS. NO EXISTE VÁLIDAMENTE ENTRE UN CRITERIO SUSTENTADO POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CUANDO SE TRATA DE LA CONSTITUCIONALIDAD O INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES ELECTORALES”.

El fundamento es que la Corte se reserva para sí esta declaración mediante la acción de inconstitucionalidad, como se prevé en el artículo 105, fracción II CPEUM,⁵⁰ lo cual ha devenido prácticamente, en la carencia de un recurso efectivo para impugnar la constitucionalidad de una norma en la materia, ya que el amparo tampoco procede ante la aplicación de una legislación que resultara violatoria de este tipo de derechos.⁵¹ Aunque en los últimos meses se ha dado un cambio en esta cuestión al haber concedido al TEPJF una especie de control difuso de la constitucionalidad de la legislación electoral, al permitir que éste pueda inaplicar leyes en materia electoral contrarias a la CPEUM.⁵²

Sin embargo, en el caso concreto el Tribunal Electoral no pudo abdicar de efectuar el contraste entre la legislación local y la CADH, por una parte, así como con respecto a lo establecido por el artículo 35, fracción II CPEUM, sobre el derecho a ser votado. Nos encontramos frente a un desarrollo que ha sido muy controvertido en México sobre el contenido constitucional de este derecho y alcance que debe tener el diseño legislativo para no vulnerarlo, especialmente relevante será este tema en el de-

⁵⁰ Así lo expresa en la tesis jurisprudencial P./J. 25/2002, t. XV, del 10 de junio de 2002, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, y que forma parte de este conjunto de criterios sobre el particular. Establece: “LEYES ELECTORALES. LA ÚNICA VÍA PARA IMPUGNARLAS ES LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD”. De igual forma, la tesis P./J. 26/2002, de la misma fecha, cuyo rubro es: “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. SI RESUELVE RESPECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA ELECTORAL O SE APARTA DE UN CRITERIO JURISPRUDENCIAL SUSTENTADO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESPECTO A LA INTERPRETACIÓN DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL, INFRINGE, EN EL PRIMER CASO, EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, Y EN EL SEGUNDO, EL ARTÍCULO 235 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, junio de 2002.

⁵¹ Al respecto, Héctor Fix-Fierro señala que la falta de acceso del ciudadano a la impugnación de la constitucionalidad de las leyes electorales impide un sistema integral de medios de defensa en la materia, además teniendo en consideración que no siempre las minorías legislativas tendrán interés u oportunidad de solicitar a la Corte que ejerza su facultad de control. *Los derechos políticos de los mexicanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 99.

⁵² A partir de la reforma constitucional del 13 de noviembre de 2007, el artículo 99, sexto párrafo así lo precisa: “Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos la Sala Superior informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación”.

sarrollo de las candidaturas independientes, y en general, sobre las “calidades” para acceder a un puesto de elección popular, al tratarse de un derecho de configuración legal. De esta manera, sobre la aplicación de los dos últimos ordenamientos, el TEPJF siguió de alguna manera la pista marcada por la Corte en la acción de inconstitucionalidad 28/2006 y sus acumuladas 29/2006 y 30/2006, el caso *Yucatán*, desde luego, para “no incidir” él mismo en una interpretación de tipo constitucional.

El criterio jurisprudencial derivado de la CADH que fue empleado por el TEPJF, el Caso *Yatama vs. Nicaragua*, se refiere a la violación de los derechos político-electorales de la organización indígena “Yatama”, en virtud de que el Estado les impidió contender en procesos electorales, a través de candidatos elegidos de conformidad con sus propios usos y costumbres.⁵³

La CrIDH, por vía de interpretación, dotó de contenido al artículo 23.2 CADH, al señalar con claridad que las condiciones de limitación al acceso a los puestos de elección popular son las de tipo personal ya enlistadas en esta disposición, además de expresar la necesidad de permitir vías de acceso a las candidaturas de formas de organización alternativas a los partidos políticos derivadas del ejercicio de derechos colectivos.

Por su parte, el TEPJF retomó el caso para dilucidar cuáles son las condiciones de limitación que la CrIDH ha establecido en relación con el artículo 23.2 CADH, sobre el que ha precisado que cualquier restricción, debe prevalecer en la ley, y no ser discriminatoria⁵⁴ A partir de estas consideraciones, y de los elementos que la propia Corte Interamericana toma en cuenta para

⁵³ La síntesis de la controversia se expresa en el párrafo 214 de la resolución de la CrIDH: “Por otra parte, la Ley Electoral 331 de 2000 sólo permite la participación en los procesos electorales a través de partidos políticos [...] Esta forma de organización no es propia de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica. Se ha probado que Yatama logró obtener personalidad jurídica para participar como partido político en las elecciones municipales de noviembre de 2000, cumpliendo los requisitos correspondientes [...]. Sin embargo, los testigos Brooklyn Rivera Bryan y Jorge Teytom Fedrick, y la perito María Dolores Álvarez Arzate, enfatizaron que el requisito de transformarse en partido político desconoció las costumbres, organización y cultura de los candidatos propuestos por Yatama, quienes son miembros de comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica”.

⁵⁴ La Corte Interamericana señaló que cualquier limitación a este derecho deberá “atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue”. Párrafo 206, *in fine*.

la limitación de los derechos políticos: utilidad, oportunidad, proporcionalidad, sin que implique discriminación alguna, que se encuentre referida a los elementos de carácter personal como prevé el propio artículo 23.3 de la CADH, etcétera, es que el TEPJF ingresó al ámbito de las calidades inherentes a la persona para ejercer el derecho al sufragio pasivo, a fin de resolver la controversia planteada.

Estamos ante el punto fundamental del caso. La identificación de aquellos elementos que configuran al derecho al sufragio pasivo —y en consecuencia, “las calidades” para poder ser votado— y que no pueden ser limitados ni restringidos, sin que vaya de por medio una indebida incidencia en su contenido, de carácter discriminatorio, aun cuando se trate de un derecho de configuración legal.⁵⁵

El TEPJF consideró que la aplicación literal del artículo 42, párrafo tercero de la Constitución local no cumplía con los requisitos de limitación considerados en la CADH, y la jurisprudencia derivada de la misma, al tratarse de una disposición que establece una restricción fuera del ámbito de las calidades intrínsecas de la persona, y además discriminatoria al impedir absolutamente el ejercicio al derecho del sufragio pasivo del actor,⁵⁶ no pudiendo en consecuencia, sustentarse como una limitación necesaria, idónea y proporcional. De esta forma, el Tribunal Electoral precisó el contenido del artículo 35, fracción II de la CPEUM de conformidad con lo establecido en el artículo 23.2 de la CADH, y de acuerdo con su interpretación en el *caso Yata-tama*, ofreciéndonos un criterio primordial sobre el derecho al sufragio pasivo, en relación con las “*calidades que establezca la ley...*”, como calidades personales que no admiten reducciones excluyentes y discriminatoria por parte del legislador secundario.

⁵⁵ Gerardo Pisarello precisa, en relación con la configuración legal de los derechos sociales, que las concreciones legislativas no impiden un contenido constitucional mínimo e indisponible, y susceptible de defensa jurisdiccional en sí mismo; un contenido sin el cual, el derecho quedaría desnaturalizado, y que constituye el marco normativo de una democracia constitucional. Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 84-87.

⁵⁶ El TEPJF señala que el entendimiento del artículo 35, fracción II marca el criterio para interpretar el artículo 42 de la Constitución del Estado Libre y Soberano de Baja California, puesto que en el primero “se fija la imposibilidad para limitar el derecho fundamental sobre la única base de su carácter de funcionario municipal durante el periodo de su encargo, al no corresponde ésta, a calidades inherentes a la persona”, p. 232.

III. PROBLEMÁTICA RELACIONADA CON LA ADMISIÓN DE JURISDICCIONES DE TIPO INTERNACIONAL

La necesidad de atender la aplicación de los tratados sobre derechos humanos en la interpretación constitucional, nos lleva a la otra cara de la moneda: ¿qué tipo de jurisprudencia nos ofrece la norma internacional para la integración de los derechos fundamentales? ¿Son suficientes los criterios jurisprudenciales emanados de las jurisdicciones internacionales para iluminar la construcción argumentativa del tribunal constitucional?

Estamos frente a un punto importante, que no ha sido suficientemente desarrollado; tal pareciera que los tratados internacionales no requiriesen de una adecuada interpretación. Habrá que recordar que las cartas fundamentales sobre derechos humanos —constituciones o tratados internacionales— son principios que se desarrollan a partir de la interpretación que realizan los tribunales correspondientes.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos se han producido en un contexto jurídico-político determinado, por ejemplo el CEDH en 1950, o la CADH en 1969, como instrumentos clásicos de corte liberal sobre derechos civiles y políticos, de los que se ha ido desprendiendo una aplicación más garantista por vía de jurisprudencia⁵⁷ De esta forma, han podido privilegiar una dimensión expansiva de sus normas, incluso utilizando categorías o derechos que no se encuentran contemplados en los instrumentos. Así ha sucedido, por ejemplo, con los factores de prohibición de discriminar contenidos en el artículo 14 de la CEDH,⁵⁸ que a lo largo de la labor jurisdiccional del Tribunal de Estrasburgo, han podido ampliarse, e independizarse de otros derechos al no estar específicamente contemplados en el elenco de causales de discriminación previstos en esta disposición.⁵⁹

⁵⁷ Pisarello señala que el déficit de garantías sociales se observa incluso en los sistemas de integración más acabados. Cita el caso del Consejo de Europa y la Unión Europea, señalando que en el caso del primero, si bien, existe la Carta Social Europea, los derechos sociales han encontrado mayor protección “por conexión” en la aplicación del Convenio Europeo por parte del TEDH. *Ibidem*, p. 132.

⁵⁸ Esta disposición establece: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

⁵⁹ Tal ha sido el caso de la orientación sexual, un factor no enlistado precisamente en el elenco de factores de discriminación, pero que a partir de la jurisprudencia del TEDH ha sali-

En este sentido, me parece que habría que distinguir tres grandes derroteros de la jurisprudencia internacional, que permitirían, en mayor o menor medida, un desarrollo integral de los derechos fundamentales.

En primer lugar, aquella jurisprudencia muy sólida, que va dejando una construcción doctrinal diáfana para los Estados parte, sobre el contenido de ciertos derechos, o sobre cómo debe conducirse el Estado para proveer a su debida justiciabilidad.

Es el caso de la CrIDH con respecto al conjunto de “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional”,⁶⁰ que han tenido lugar en el contexto de dictaduras militares, o de regímenes de corte autoritario, y que, siguiendo al Estatuto de la Corte Penal Internacional, serían especialmente los de genocidio y los crímenes de lesa humanidad.⁶¹ En este sentido, la Corte Interamericana ha elaborado una jurisprudencia notable partiendo del paradigmático *caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*,⁶² hasta casos recientes en donde se ha marcado grandes líneas de acción en los procesos de justicia transicional,⁶³ como los de Perú, *caso Barrios Altos vs. Perú*,⁶⁴ o de Chile, el ya citado *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.⁶⁵

do del rubro de cobertura del artículo 8o., sobre el respeto a la vida privada y familiar, para considerarse como una de las causales de discriminación prohibida por el artículo 14 CEDH. Véanse, por ejemplo, las sentencias del TEDH *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, del 21 de marzo de 2000, o *Kerner vs. Austria*, del 24 de julio de 2003.

⁶⁰ Artículo 5.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

⁶¹ El artículo 5.1 incluye, además, a los crímenes de guerra y de agresión. Por su parte, el artículo 7.1 considera en los crímenes de lesa humanidad, entre otros, a los siguientes actos cuando se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzosos de población, encarcelación, tortura, desaparición forzada de personas, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, etcétera.

⁶² Sentencia de fondo del 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4.

⁶³ Con este término me refiero a los procesos que han llevado a cabo “las sociedades para hacer frente al legado de violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos. Este proceso tiene efecto mientras se lleva a cabo el tránsito de un periodo de conflicto violento u opresión hacia la paz, la democracia, el estado de derecho y el respeto de los derechos individuales y colectivos”. Tomado de *¿qué es la justicia transicional?*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, <http://www.ictj.org>.

⁶⁴ Sentencia de fondo del 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75.

⁶⁵ Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

En el *caso Barrios Altos* la CrIDH determinó que son inadmisibles la legislación de amnistía, la prescripción, y las excluyentes de responsabilidad en “violaciones graves a los derechos humanos”, concretamente en relación con la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y la desaparición forzada de personas.⁶⁶ En el último, un caso de ejecución extrajudicial que presenta enormes alcances en su desarrollo jurisprudencial,⁶⁷ la Corte Interamericana extendió su criterio hacia los crímenes de *lesa humanidad*, advirtiendo una consolidación de grandes directrices jurisprudenciales, entre las que destacan:

- a) La prohibición de los crímenes de lesa humanidad como norma de *ius cogens*.⁶⁸
- b) La imposibilidad de su prescripción, en virtud del daño que provocan a la humanidad en su conjunto,⁶⁹ y con independencia del tiempo en que hayan sido cometidos.⁷⁰

⁶⁶ “Esta Corte considera que 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”.

⁶⁷ Humberto Nogueira señala que los distintos aspectos que contiene la resolución constituyen una “revolución” para el tratamiento de esas materias en jurisdicción nacional. Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano”, Ferer Mac-Gregor, Eduardo (dir.), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 7, enero-junio de 2007, p. 299.

⁶⁸ “Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del Señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque sistematizado contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general (párrafo 99).

⁶⁹ “En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, e delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda” (párrafo 152).

⁷⁰ Es una cuestión muy importante. La CrIDH ha considerado que en la especie concreta aún y cuando Chile no haya ratificado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la imprescriptibilidad “surge como

- c) La prohibición de generar legislación de amnistía que favorezca la impunidad ⁷¹
- d) La obligación de no extender la jurisdicción militar en casos de violaciones a los derechos humanos de las víctimas.⁷²

Una jurisprudencia menos consistente, sobre temas en que no ha habido un consenso claro y que generan puntos de vista muy confrontados en sectores sociales de la población, y en consecuencia, sobre los que se ha determinado un amplio margen de apreciación a los Estados, como ha sido el caso del TEDH con respecto a la interrupción del embarazo.

En la sentencia 52/2004, del 8 de julio, *caso Vo vs. Francia*, un asunto importante porque de alguna manera ha servido como una síntesis de la jurisprudencia del TEDH en la materia atendiendo a los diferentes enfoques nacionales, éste afirmó que el gran margen de apreciación que se ha dejado a los Estados parte en este tipo de casos, se debe en buena medida a la falta de consenso sobre el tema del inicio de la vida, y su previsión en el artículo 2o. del CEDH.⁷³

categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa” (párrafo 153).

⁷¹ “Por las consideraciones anteriores, la Corte estima que los estados no pueden susstraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía” (párrafo 115).

⁷² “El Tribunal ha establecido que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar” (párrafo 131).

⁷³ Señala: “De ello resulta que el punto de partida del derecho a la vida entra dentro del margen de apreciación de los Estados, que el Tribunal tiende a considerar que debe reconocérseles en este ámbito, incluso en el marco de una interpretación evolutiva del Convenio, que es un instrumento vivo a interpretar a la luz de las condiciones de vida actuales [...] Las razones que le llevan a esta constatación son, por una parte, que la solución a dar a dicha protección no está establecida en el seno de la mayoría de los Estados Contratantes, y en Francia en particular, donde la cuestión da lugar al debate [...] y, por otro lado, que no existe ningún consenso europeo sobre la definición científica y jurídica de los inicios de la vida [...]” párrafo 82.

Sin embargo, esto no ha obstado para que el TEDH se pronuncie sobre derechos conexos, como es el caso de la libertad de expresión de una organización dedicada a la información sobre aborto legal fuera de Irlanda, *caso Open Door y Dublín Well Woman vs. Irlanda*, del 29 de octubre de 1992,⁷⁴ en donde se declara la violación del artículo 10 CEDH relativo a la libertad de expresión, o bien el *Caso Tysiac vs. Polonia*, del 20 de marzo de 2007,⁷⁵ en donde se determinó la violación al artículo 8o. de la CEDH, relativo al derecho a la vida privada y familiar, ante la responsabilidad del Estado ocasionada por obstaculizar un aborto permitido por la ley.

El tercer nivel es prácticamente la ausencia de jurisprudencia, en algunos aspectos relativos a un derecho, que no han sido suficientemente aclarados o puestos al día en el contexto de los avances democráticos de la sociedad.

a) Tal es el caso del tratamiento de la libertad religiosa en el sistema interamericano de derechos humanos, y ante su previsión en el artículo 12 de la CADH, que establece la dimensión del ejercicio de este derecho en el sentido de conservar, cambiar o divulgar las propias convicciones religiosas. El soporte es la libertad de conciencia,⁷⁶ una prerrogativa que no se expresa únicamente a través de una acción, sino que en sí misma constituye el núcleo del derecho fundamental, que genera una obligación para terceros, fundamentalmente a través del respeto, y que no puede vulnerarse a través de la discriminación.

La jurisprudencia de la CrIDH ha hecho más énfasis en la libertad de permanencia o cambio en una determinada religión, y ha reparado poco en el aspecto de la conciencia que, en una dimensión de tipo pasivo, reclama no ser incidida por actos lesivos. Así fue el caso “La última tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y Otros vs. Chile*),⁷⁷ en el que, ante la evidente necesi-

El artículo 2.1 del CEDH establece: “El derecho de toda persona a la vida queda protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida intencionadamente, salvo en la ejecución de una pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena”.

⁷⁴ Sentencia 69/1992, comunicaciones 14234/1998 y 14235/1998.

⁷⁵ Comunicación 5410/03.

⁷⁶ El artículo 12.1 señala: “Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado”.

⁷⁷ Sentencia de fondo del 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.

dad de preservar la libertad de expresión y la prohibición de censura, la CrIDH pasó por alto ponderar de alguna manera el derecho de quienes se consideraban agredidos ante la exhibición de la película “La última tentación de Cristo” en Chile. La CrIDH sin reparar en el fondo de esta cuestión, simplemente se limitó a señalar que en el Caso concreto no se había producido una violación al artículo 12 de la CADH, al no haberse impedido a nadie manifestar libremente sus convicciones religiosas.⁷⁸

Me parece que haría falta completar un desarrollo jurisprudencial más sólido, ante los nuevos retos que presenta la libertad religiosa de cara a los fenómenos de discriminación contemporáneos, especialmente frente a lo que representa el ejercicio de la objeción de conciencia, un aspecto de la “dimensión interna” del derecho fundamental.⁷⁹

b) Otro ejemplo es el relativo a las limitaciones de “carácter personal” previstas en el artículo 23.2 de la CADH para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo. Un derecho que requiere de un desarrollo jurisprudencial más claro, que pondere los casos en donde se estiman limitaciones que pudiesen ser compatibles con una sociedad democrática.

El caso *Yatama vs. Nicaragua* ha evidenciado que no son permisibles limitaciones a los derechos políticos que impliquen condiciones de discriminación, tales como impedir el acceso a candidaturas provenientes de formas organizativas distintas a los partidos políticos, pero nada se ha dicho de otro tipo de restricciones, por ejemplo las candidaturas independientes.

Me parece que la SCJN hubiera podido hacer un ejercicio argumentativo más pulcro en la acción de inconstitucionalidad 28/2006 y sus acumuladas 29/2006 y 30/2006, “*caso Yucatán*” si hubiese tenido frente a sí

⁷⁸ “Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En el presente caso, sin embargo, no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades consagradas en el artículo 12 de la Convención. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película “La última tentación de Cristo” no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias”(párrafo 79).

⁷⁹ Véase, por ejemplo, una espléndida construcción jurisprudencial, en una resolución del Tribunal Constitucional español, sobre el derecho a la vida y la objeción de conciencia. Se trata de la sentencia 154/2002, del 18 de julio de 2002.

una clarificación del artículo 23. 2 de la CADH a través de interpretación de la CrIDH. El Pleno de la Corte estimó que la configuración legal del derecho al sufragio pasivo prevista en el artículo 35, fracción II CPEUM (“teniendo las calidades que establezca la ley”) se refiere a calidades personales de acuerdo con el artículo 23.2 de la CADH,⁸⁰ pero prácticamente dejó al legislador en libertad de establecer otras posibilidades. Si bien es cierto, por una parte ponderó el valor de los partidos políticos en la vida democrática conforme al artículo 41 de la CPEUM, a efecto de acotar las candidaturas independientes, por otro lado, dejó en claro que las limitaciones del derecho a ser votado son aquellas inherentes al sujeto.

De esta manera, la Corte señaló concluyente que: “resulta incuestionable que la pertenencia a un partido político no puede considerarse como una calidad necesaria para ejercer un cargo de elección popular, dado que formar parte de un partido político no es un atributo intrínseco relativo a la persona, por lo que no puede entrar a la categoría de calidades requeridas por la Constitución”.⁸¹

E inmediatamente después precisó: “debe concluirse que es facultad del legislador ordinario (federal o local) determinar dentro de su sistema jurídico electoral si sólo los partidos políticos tienen derecho a postular candidatos a esos otros cargos de elección popular o si también permiten candidaturas independientes”.⁸²

Es clara la inconsistencia argumentativa por parte de la SCJN, aun cuando ha tratado de articular un equilibrio que no nulifique la presencia de los partidos políticos. Sin embargo, dotó de contenido esencial al derecho al sufragio pasivo, pero facultó al legislador ordinario para incidir en ese contenido. Además, a partir de la contradicción en que incurre —exclusión de otras calidades distintas a las personales, con la posibilidad de condicionar el derecho a la pertenencia a un partido político— parecería que ya existía una intencionalidad *a priori* sobre la resolución, que la vertiente argumentativa trató de alcanzar sin muy buenos resultados.

El resultado puede ser que por vía de legislación ordinaria no se cumpla con el estándar del artículo 23.2 de la CADH, al especificar que sólo se admiten limitaciones al ejercicio del derecho al sufragio pasivo muy puntuales, de carácter personal, y en consecuencia, que el Estado mexi-

⁸⁰ En general véase la reflexión de la Corte a partir del considerando noveno.

⁸¹ *Ibidem*, p. 274

⁸² *Ibidem*, pp. 276 y 277.

cano incurra en responsabilidad internacional. De esta manera, estamos frente a un caso que hubiera ofrecido mayores elementos de análisis a la SCJN si hubiese una jurisprudencia consistente por parte de la CrIDH ante una disposición de la Convención Americana, que a la letra no deja mucho margen para la ponderación, al establecer una regla clara: “La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

La cuestión pendiente es si el derecho al sufragio pasivo puede encontrar vertientes de limitación distintas a las estrictamente personales justificadas en el marco de la participación democrática, y que puedan hacerse valer como más protectoras de otro tipo de derechos. Que en un ejercicio de proporcionalidad se determine el equilibrio entre el ejercicio de un derecho de carácter personal, y la necesidad de preservar el pluralismo político que se expresa de manera singular a través de los partidos políticos.

IV. CONCLUSIÓN: HACIA UNA INTEGRACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN DOBLE VÍA

1. Siguiendo el caso de México, he desarrollado a lo largo del presente trabajo los enormes retos a los que hace frente el tribunal constitucional para integrar debidamente los tratados internacionales sobre derechos humanos. En primer lugar, nos encontramos frente a un diseño constitucional de ruptura, no de integración, que no favorece articular los elementos que ingresan por vía de incorporación de los tratados internacionales como norma interna; fundamentalmente me refiero a la recepción de un conjunto de derechos humanos de nivel constitucional, y de una jurisprudencia que debe acompasar e integrar la interpretación de los derechos fundamentales por parte del tribunal constitucional.

2. En segundo término, hacemos frente a la necesidad de que los tribunales constitucionales, al asumir la interpretación de los derechos fundamentales, construyan su contenido a partir de los tratados internacionales y la jurisprudencia derivada de los mismos. Un derecho constitucionalmente integrado, que no puede ser afectado por el legislador ordinario, y por los operadores jurídicos en general.

3. Por otra parte, la interpretación jurisprudencial en sede internacional también requiere atender elementos importantes de algunos derechos que necesitan ser clarificados, a efecto de que puedan ser debidamente considerados por el tribunal constitucional en su propia labor de integración. La Corte Interamericana en la interpretación de la CADH, tiene ante sí como asignatura aún pendiente, clarificar nuevas formas de entendimiento de los derechos civiles, políticos y sociales.

4. Un punto primordial, a mi juicio, es la atención a la dinámica del diálogo jurisprudencial. El amparo nacional procede por violaciones a un derecho no necesariamente integrado de acuerdo con los tratados internacionales, por eso se invocan por las partes, o se resuelven en sede de la judicatura constitucional las sentencias incluyendo esta dimensión. Por su parte, el recurso ante la CrIDH se interpone por violaciones a un derecho fundamental integrado —no sólo el contenido en la CADH— por eso se han agotado los recursos internos; ahí está necesariamente la constitucionalidad de este tipo de jurisdicciones, es decir, la posibilidad de controvertir en el ámbito internacional las resoluciones de última instancia en el ámbito interno.

5. No cabe duda de que nos encontramos frente a un modelo jurídico polifacético, a partir de una triple interacción:

- a) La interpretación y aplicación cotidiana de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos por parte del tribunal constitucional. Su aplicación preferente no se presupone *a priori*, sino que remite necesariamente a criterios más expansivos de protección a través de la ponderación, de tal suerte que la remisión puede encausarse incluso a la aplicación de los criterios provenientes del ámbito interno. Esta dinámica es la que constituye efectivamente un bloque de constitucionalidad.
- b) En una controversia ante las jurisdicciones internacionales —en nuestro caso la CrIDH— el Estado puede hacer valer la interpretación de criterios de derecho interno en los litigios enderezados contra él mismo, siempre y cuando sean más expansivos o se justifiquen en el marco de una sociedad democrática, ante lo cual la propia Corte Interamericana fallará en consecuencia.
- c) La ejecución de las sentencias internacionales deviene de la aceptación del instrumento internacional como un todo. Ahí ya no se

presenta un espacio de retroalimentación jurídica, sino el cumplimiento de una obligación derivada de un compromiso suscrito por el Estado. Sin embargo, se trata de una dimensión de supranacionalidad que es necesario reconocer. Una sentencia internacional repara necesariamente la Constitución, ante derechos que no han sido suficientemente tutelados en la jurisdicción interna.

6. Además ante este panorama, en México es necesario atender a las reformas constitucionales pertinentes. Reformas que clarifiquen lo que la realidad ya expresa, pero que si no se acometen, o si se quedan en el simple reconocimiento de los “derechos humanos” distintos a las “garantías individuales”, seguirán propiciando el modelo de ruptura al que ya me he referido, o pretextos *ad infinitum* para no cumplir con los estándares internacionales. Es necesario, pues, atender al panorama completo que ya se nos ofrece desde el derecho internacional, y desde el gran camino andado por diseños constitucionales plausibles de países cercanos, como España, Colombia, Argentina, Brasil o Perú.

Me parece especialmente relevante la atención constitucional de los siguientes aspectos:

- El reconocimiento del nivel constitucional que alcanzan los tratados sobre derechos humanos.
- Un canon de interpretación conforme con los tratados y la jurisprudencia de los organismos derivados de los mismos.
- El criterio “pro persona” como principio para la solución de colisiones normativas.
- a obligación de ejecutar de las resoluciones de los tribunales internacionales.⁸³

⁸³ Cfr. *Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos...*, op. cit., nota 2.