



LXII LEGISLATURA
CÁMARA DE DIPUTADOS

COMITÉ

Centro de Estudios de Derecho e
Investigaciones Parlamentarias

Centro de Estudios de Derecho e
CEDIP
Investigaciones Parlamentarias



EXPEDIENTE
PARLAMENTARIO

**REFORMAS NECESARIAS,
DERIVADAS DE NORMAS DECLARADAS INCONSTITUCIONALES**
MTRO. JUAN CARLOS CERVANTES GÓMEZ

**JERARQUÍA DE LEYES EN MÉXICO
A RAÍZ DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1º CONSTITUCIONAL**
LIC. ÓSCAR URIBE BENÍTEZ

**EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO
Y LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS**
LIC. MARIA AMELIA OLGUÍN VARGAS

**LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
Y EL PACTO DE SAN JOSÉ**
MTRO. JUAN MANUEL HERNÁNDEZ LICONA



EXPEDIENTE
PARLAMENTARIO

EXPEDIENTE PARLAMENTARIO 31

SEPTIEMBRE DE 2012

ISSN 1870727-0



DERECHOS RESERVADOS
ENERO 2007



La reproducción parcial o total de esta publicación, sin la autorización previa de la Cámara de Diputados, dará lugar a las sanciones previstas por la ley

El contenido del trabajo de Investigación que se publica, así como las impresiones y gráficas utilizadas, son responsabilidad del autor, lo cual no refleja necesariamente el criterio editorial

EXPEDIENTE PARLAMENTARIO 31

INVESTIGACIONES

**REFORMAS NECESARIAS,
DERIVADAS DE NORMAS DECLARADAS
INCONSTITUCIONALES**
MTRO. JUAN CARLOS CERVANTES GÓMEZ

**JERARQUÍA DE LEYES EN MÉXICO
A RAÍZ DE LA REFORMA
AL ARTÍCULO 1º CONSTITUCIONAL**
LIC. ÓSCAR URIBE BENÍTEZ

**EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO
Y LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE
DERECHOS HUMANOS**
LIC. MARIA AMELIA OLGUÍN VARGAS

**LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA
DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
Y EL PACTO DE SAN JOSÉ**
MTRO. JUAN MANUEL HERNÁNDEZ LICONA



LXII LEGISLATURA
CÁMARA DE DIPUTADOS

PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS

Dip. Jesús Murillo Karam

JUNTA DE COORDINACIÓN POLÍTICA

PRESIDENTE

Dip. Luis Alberto Villarreal García

INTEGRANTES

Dip. Manlio Fabio Beltrones Rivera

Dip. Silvano Aureoles Conejo

Dip. Arturo Escobar y Vega

Dip. Alberto Anaya Gutiérrez

Dip. Ricardo Monreal Ávila

Dip. Lucila Garfías Gutiérrez

SECRETARIO GENERAL

Dr. Fernando Serrano Migallón

SECRETARIO DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS

Lic. Juan Carlos Delgadillo Salas

SECRETARIO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS Y FINANCIEROS

Ing. Ramón Zamanillo Pérez



**DIRECTOR GENERAL DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO E
INVESTIGACIONES PARLAMENTARIAS**
Lic. César Becker Cuéllar

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	1
INVESTIGACIONES	3
REFORMAS NECESARIAS, DERIVADAS DE NORMAS DECLARADAS INCONSTITUCIONALES MTRO. JUAN CARLOS CERVANTES GÓMEZ	5
JERARQUÍA DE LEYES EN MÉXICO A RAÍZ DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1º CONSTITUCIONAL LIC. ÓSCAR URIBE BENÍTEZ	33
EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO Y LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS LIC. MARIA AMELIA OLGUÍN VARGAS	125
LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EL PACTO DE SAN JOSÉ MTRO. JUAN MANUEL HERNÁNDEZ LICONA	233

**JERARQUÍA DE LEYES EN MÉXICO
A RAÍZ DE LA REFORMA
AL ARTÍCULO 1º CONSTITUCIONAL**

LIC. ÓSCAR URIBE BENÍTEZ*

* Licenciado en Derecho, por la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador "A", del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, de la Cámara de Diputados.

I. INTRODUCCIÓN

En el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, se publicó el Decreto por el que se reformó la denominación de las garantías individuales y el artículo 1º, entre otros, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La denominación de las garantías individuales se modificó por De los derechos humanos y sus garantías. Y la reforma al artículo 1º estribó en incorporar los derechos humanos y sus garantías reconocidos en los Tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; la adición de la regla de interpretación de las normas de derechos humanos, consistente en que sea de conformidad con la Constitución y con los Tratados internacionales en la materia; y la adición de los principios pro homine, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Previamente a esta reforma constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, dictó sentencia el 23 de noviembre de 2009, por medio de la cual declaró la responsabilidad del Estado mexicano por la violación de los derechos a la libertad personal, integridad personal, reconocimiento de la personalidad jurídica y vida en perjuicio del señor Rosendo Padilla Pacheco, previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; sentencia que en sus resolutivos dispuso obligaciones para el Estado mexicano, entre otras, realizar pertinentes reformas legislativas para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y que el poder judicial ejerza un control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la mencionada Convención, para lo cual debe tener en cuenta ésta y la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que es la intérprete última de tal Convención.

Dicha sentencia fue notificada a la Embajada de México en Costa Rica el 13 de diciembre de 2009. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el objeto de dar cumplimiento a la misma abrió el expediente varios 489/2010, formado con motivo de la consulta a trámite formulada por el ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, respecto al trámite y las medidas que debían seguirse por el Poder Judicial de la Federación para atender una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Del aludido expediente se derivó otro expediente el número 912/2010, el cual fue analizado en diversas sesiones por el Pleno de la Suprema Corte durante el mes de julio de 2011 y se resolvió, aprobándose hasta el mes de diciembre de 2011 la publicación de varias tesis aisladas.

En este último expediente, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia interpretó de manera incipiente y por ende inacabada el reformado artículo 1º constitucional.

En el ámbito académico e institucional, algunos juristas, soslayando las tesis del Pleno de nuestro máximo Tribunal, se han pronunciado en el sentido de que los Tratados internacionales en materia de derechos humanos adquirieron rango constitucional a partir de la reforma al artículo 1º constitucional, con lo cual, además, consideran que ya existe un bloque de constitucionalidad, pero desafortunadamente sin expresar las razones que tienen para ello.

Esta corriente, a partir del artículo 1º constitucional reformado, ha interpretado que se ha modificado el principio de supremacía constitucional, pese a que no han sido reformados los artículos 105, fracción II, incisos b) y g); 107, fracción VIII, inciso a); y 133 constitucionales, en los se prevé que la acción de inconstitucionalidad procede en contra de Tratados internacionales, con legitimación para promoverla tanto los miembros del Senado que integren el 33%, como la Comisión Nacional de Derechos Humanos cuando vulneren derechos humanos consagrados en la Constitución y en los Tratados internacionales; el juicio de amparo procede en contra de Tratados internacionales (normas generales) y se otorga el recurso de revisión en contra de sentencias de jueces de Distrito y Tribunales Unitarios de Circuito, cuando subsista el problema de constitucionalidad en el juicio de amparo; y la supremacía constitucional, respectivamente.

En este contexto, de interpretación incipiente del artículo 1º constitucional por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la corriente que sostiene la existencia del bloque de constitucionalidad, dada la repercusión de ambas posiciones, el Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, consideró pertinente asignar al autor de este trabajo la realización de una investigación jurídica exploratoria con respecto a la jerarquía de las leyes en México a raíz de la reforma al artículo 1º constitucional.

Para ello, se consideró importante exponer en el capítulo II los antecedentes del artículo 1º constitucional de nuestra Carta Magna en vigor, de los que se destacan los principios en que se sustenta tal precepto y el uso de la terminología de derechos del hombre y derechos fundamentales que se propuso en el Congreso Constituyente de 1916-1917.

Asimismo, con el objeto de entender la diferencia entre la denominación anterior de garantías individuales y la actual de los derechos humanos y sus garantías, se llevó a cabo en el capítulo III el acopio de conceptos en torno a la garantía, derechos fundamentales y derechos humanos; y los criterios de protección del Poder Judicial de la Federación previa a la reforma del artículo 1º constitucional, que tenían los derechos humanos contenidos en los Tratados internacionales en los que México es Parte. En el capítulo IV se plasmó la incipiente interpretación

del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno al artículo 1º constitucional reformado. La forma en que se incorporaron en la Constitución los derechos humanos contenidos en los Tratados internacionales en los México es parte; es decir, en las Cámaras del Congreso de la Unión, lo que se aborda en el capítulo V.

En el capítulo VI se recogen opiniones doctrinarias de juristas versados en la materia, respecto a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, las del Dr. Sergio García Ramírez y del Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, ex juez y juez ad hoc, respectivamente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹

En el capítulo VII se destacan las interpretaciones sobre el artículo 133 constitucional del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; de la doctrina; y el origen del bloque de constitucionalidad, así como su composición en diversos países.

Con el afán de destacar que el artículo 1º constitucional, desde 1917, prevé un sistema de restricciones a los derechos fundamentales humanos más garantista en relación con los sistemas interamericano y europeo, se parte de lo que se estima el eje principal de los derechos humanos: la libertad personal. Se expone como ejemplo, en el capítulo VIII la restricción de la libertad personal por medio de la prisión preventiva, contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la interpretación de estos instrumentos internacionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este tipo de restricción. En el capítulo IX, el autor sostiene que tratándose de las restricciones a los derechos fundamentales o humanos, la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 creó otro sistema de restricciones diverso al contemplado en el artículo 1º constitucional, los cuales distingue a grandes rasgos.

En el anterior contexto, en el capítulo X se plantea como interrogante la afirmación de un sector de la doctrina: ¿La soberanía nacional y la supremacía constitucional han sido desplazadas por la soberanía supranacional y supremacía convencional? Al respecto, se recogieron los razonamientos de juristas prominentes y fueron clasificados en lo que denominamos postura supranacional relativa, postura supranacional absoluta y postura nacionalista.

Posteriormente, en el capítulo XI se reseña la restricción de la libertad personal por medio de la prisión preventiva, prevista en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹Felicitemos al Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, por su nombramiento de juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien entrará en funciones en enero de 2013.

En el capítulo XII el autor de este trabajo toma su posición respecto a todos los temas de los capítulos anteriores, para después plasmar sus conclusiones en el capítulo XIII y la bibliografía utilizada en el capítulo siguiente.

II. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 1º CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1917, en su texto original de su Título Primero, Capítulo I, previó lo que denominaba *Garantías Individuales*, las cuales según el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se han reputado históricamente como aquellos elementos jurídicos que se traducen en medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público; y los define como *derechos públicos subjetivos* a favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre, o sea, la acción constitucional de amparo.²

De la anterior tesis podemos afirmar que la Constitución al establecer las garantías individuales, se refirió a los derechos fundamentales, lo cual podemos confirmar con la discusión acerca del artículo 1º constitucional en el Congreso Constituyente de Querétaro de 1916-1917.

En efecto, en la lectura del dictamen, que fue aprobado, se sostuvo del artículo 1º propuesto por Venustiano Carranza, por la Comisión respectiva, que contiene dos principios que deben preceder a la enumeración de los derechos que el pueblo reconoce como naturales del hombre: primero, la autoridad debe garantizar el goce de esos derechos a todos los habitantes de la república; y segundo, no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, *sino con arreglo a la misma Constitución*.³

²AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON LOS QUE SOSTIENEN QUE LOS JUZGADORES DE AMPARO VIOLAN GARANTÍAS INDIVIDUALES, SOLAMENTE EN ESE ASPECTO, (Jurisprudencia), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo V, Enero de 1997, Tesis: P./J.2/97, página 5, (Contradicción de tesis 14/94. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, entre otros. 14 de noviembre de 1996. Unanimidad de diez votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Humberto Román Palacios, en su ausencia hizo suyo el proyecto el Ministro Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Manuel Rojas Fonseca. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el trece de enero en curso, aprobó, con el número 2/1997, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a trece de enero de mil novecientos noventa y siete).

³LIV Legislatura de la Cámara de Diputados, Diario de los Debates del Congreso Constituyente, edición facsimilar, Tomo I, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, México, 1989, pp. 369 y 370.

En la 11ª sesión ordinaria, celebrada el 13 de diciembre de 1916, se discutió el artículo 1º constitucional, en la que hizo uso de la palabra el diputado Martínez Rafael, quien señaló que los conceptos que forman el artículo 1º son: todo ciudadano tiene lo que antes se llamaban derechos y ahora garantías; y propuso que se adicionara que esas garantías no son renunciables en ningún caso, por las razones que expuso.⁴ En esa misma sesión, el diputado Martínez de Escobar expresó que los derechos del hombre son limitación del poder público, los que en algunas partes son *ilegislables* porque hay algo que no se le puede quitar al hombre; asimismo, criticó que no está bien dicho “*de las garantías individuales*”, debe decir “*de los derechos del hombre*”.⁵

Igualmente, el diputado José Natividad Macías hizo uso de la voz para manifestar, entre otras cosas, su pretensión de establecer la teoría sobre el artículo 1º de la Constitución de 1857, cuyo defecto gravísimo consideró fue que al no hacer numeración de los derechos naturales, todo el mundo creyó que no había derecho que no estuviera aprobado por la Constitución, de manera que no solamente se creyó que estaban aprobados los *derechos propiamente fundamentales*, sino todos los derechos secundarios y políticos, con lo que surgieron multitud de dificultades. Aclara que la conclusión a la que se ha llegado, es que el hombre tiene un *derecho fundamental*, que es el derecho a la vida, el cual comprende el derecho a la libertad, que se traduce por el derecho a todas las necesidades naturales del individuo; y concluye advirtiendo que los tratadistas modernos, *ya no opinan que se llamen garantías individuales*, sino derechos del hombre, en la constitución política de los pueblos. Y que este es el rubro que aconsejan varios tratadistas; el ciudadano Primer Jefe creyó que era más claro el rubro: “*De las garantías individuales*”, porque habiendo los tres elementos, el individuo, la nación y el Gobierno, hay garantías individuales que ven al individuo; hay garantías sociales que ven a la nación y hay garantías constitucionales o políticas que se van a la estructura y a la combinación del Gobierno mismo, de las cuales estas dos últimas garantías no están protegidas por el amparo.⁶

Como se puede apreciar, los tres diputados en sus intervenciones coincidieron en que los derechos del hombre o fundamentales son lo que otrora se denominaban garantías individuales. En este sentido, el artículo 1º, párrafo primero, constitucional al establecer en su texto primigenio que En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece, se está refiriendo a los derechos fundamentales del individuo, tan es así, que a continuación de ese artículo y en los siguientes se enuncian diversos derechos fundamentales con diversas limitaciones o restricciones.

⁴Ibidem, p. 423.

⁵Ibidem, pp. 424; y 425.

⁶Ibidem, pp. 428; y 429.

Ciertamente, a diferencia de otros países, en nuestra Constitución por disponerlo su precitado artículo 1°, párrafo primero, los derechos fundamentales *no pueden restringirse, salvo en los casos y con las condiciones que ella misma establece*; es decir, le está vedado al Congreso de la Unión y a las legislaturas locales, al producir leyes en sus respectivos ámbitos de competencia, restringir derechos fundamentales.

Para conocer el contenido y alcance de las restricciones de los derechos fundamentales, consideramos necesario consultar lo que se conoce como la exposición de motivos de la Constitución de 1917, que es el informe de Venustiano Carranza al cual le dio lectura ante Congreso Constituyente, al hacer entrega de su proyecto de Constitución reformada, el primero de diciembre de mil novecientos dieciséis, en el que señaló, entre otras cosas, lo siguiente: La Constitución de 1857 es un legado precioso que consagró los más altos principios, pero desgraciadamente sus legisladores se conformaron con la proclamación de aquéllos, sin procurar llevarlos a la práctica; por ello los derechos individuales que declaró la Constitución de 1857, como base de las instituciones sociales, han sido conculcados de manera casi constante por los diversos gobiernos⁷

El objeto de todo gobierno es amparar y proteger al individuo, por lo que es incuestionable que el primer requisito que debe llenar la Constitución tiene que ser la protección otorgada, con cuanta precisión y claridad que sea dable, a la libertad humana, en todas las manifestaciones que de ella derivan de una manera directa y necesaria, como constitutivas de la personalidad del hombre. La Constitución de un pueblo debe buscar que los derechos de la sociedad queden fuera del alcance de la autoridad. Lo primero que debe hacer la Constitución política de un pueblo es garantizar, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana, para evitar que el gobierno, a pretexto del orden o de la paz, que son motivos que alegan los tiranos para justificar sus atentados, tenga alguna vez de limitar el derecho y no respetar su uso íntegro, atribuyéndose la facultad exclusiva de dirigir la iniciativa individual y la actividad social, esclavizando al hombre y a la sociedad bajo su voluntad onnipotente. La simple declaración de derechos es un mal a corregir por las diversas reformas que el gobierno a su cargo propone, respecto a la sección primera del título primero de la Constitución de 1857⁸

El Presidente del Congreso Constituyente, en respuesta al informe de Venustiano Carranza, destacó que el principio fundamental sobre el cual debe asentarse la nueva Constitución de la república, *es el respeto más amplio a la libertad humana*⁹

⁷ H. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LII Legislatura, Los Históricos Debates de la Constitución de 1916-1917, redacción de los ejemplares del 1 al 81 que contienen las versiones taquigráficas de las sesiones del colegio electoral y ordinarias, Tomo I, México, 1996, p. 260.

⁸ Ibidem, pp. 262 y 263.

⁹ Ibidem, p. 270.

Asimismo, es importante poner de relieve lo aducido por la Comisión dictaminadora: Debe aprobarse el artículo 1º, que contiene dos principios capitales, cuya enunciación debe justamente preceder a la enumeración de los derechos que el pueblo reconoce como naturales del hombre, y por esto encomienda al poder público que los proteja de una manera especial, como que son la base de las instituciones sociales. El primero de esos principios, es que la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República. El segundo, es que no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución¹⁰

De la discusión sobre el artículo 1º constitucional, el diputado Rafael Martínez, consideró que está mejor redactado que el texto original de la Constitución de 1857, pero propuso que se adicionara que los derechos son irrenunciables, dada que en la práctica se renunciaba a ellos en las relaciones laborales, en los contratos de arrendamiento de casas habitación, de mutuo, etc. Mientras que el diputado Macías refirió que las garantías otorgadas no pueden suspenderse ni restringirse, sino en los casos y condiciones que el artículo señala, las cuales tienen por objeto proteger al individuo y tienden a sacarlo de la garra de la opresión en que ha vivido, lo cual es demasiado elocuente!¹¹

En resumen, Venustiano Carranza propuso en su proyecto de Constitución, en primer lugar proteger la libertad humana, de manera directa y necesaria, en todas sus manifestaciones por ser constitutivas de la personalidad del hombre; es decir, proteger los principios y derechos fundamentales y garantizar, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana. La Comisión dictaminadora, destacó el contenido de dos principios capitales: La autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República. Y no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución. De lo anterior, podemos concluir o siguiente:

- La Constitución de 1917 contiene principios, al igual que la de 1857.
- En los principios, se encuentran también los derechos fundamentales, al ser positivizados.
- El primer derecho fundamental que se protege en la Constitución es la libertad humana, garantizándola de la manera más amplia y completa posible, por medio de dos principios:

1. El deber de la autoridad de garantizar el goce de los derechos fundamentales; y

¹⁰ H. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LIV Legislatura, Diario de los Debates del Congreso Constituyente Querétaro 1916-1917, edición facsimilar, Tomo I, México, p. 370.

¹¹ Ibidem, pp. 422, 423 y 426.

2. La prohibición de restringir la protección de los derechos fundamentales; es decir, de reducirlos más allá de como están establecidos en la Constitución.

En otras palabras, la Constitución de 1917 al consagrar los derechos fundamentales impuso el deber de la autoridad de respetarlos, para lo cual tiempo después en el entonces Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, en su Título Vigésimo Primero, artículo 364, fracción II, se previó el delito de violación de garantías individuales, como lo deseaba Venustiano Carranza, sin embargo, después fue derogado; y los garantizó a través del principio de no restricción, lo que significa que ningún poder puede restringir los derechos fundamentales, incluido el Poder Reformador, pues si éste lo hiciera violaría tal principio, ya que con la restricción no protegería de la manera más amplia y completa la libertad humana, ni los demás derechos fundamentales, arrojándose funciones de Poder Constituyente.

Los dos expresados principios (el deber de la autoridad de garantizar el goce de los derechos fundamentales; y la prohibición de restringir la protección de éstos), contienen un correlativo derecho fundamental a favor de los titulares de los mismos, o en otras palabras, otro principio, que consiste en que los titulares de los derechos fundamentales tienen derecho a gozar de éstos en la extensión concedida en la propia Constitución y también dentro de los límites o restricciones impuestos por el Poder Constituyente.

Este tercer principio, nos está indicando que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución ya están acotados, limitados o restringidos en los casos y con las condiciones que en ella misma se establecen; por ende, ninguna autoridad puede restringirlos todavía más, incluyendo al Poder Reformador, en virtud de que el Poder Constituyente en el primer principio les impuso el deber de garantizar el goce de los derechos fundamentales; y en el segundo principio, la prohibición de restringir éstos.

Adicionalmente, es importante mencionar que los dos primeros principios expresados se sustentan en un principio de mayor generalidad, relativo al respeto más amplio a la libertad humana, al que se refirió Venustiano Carranza en su informe o exposición de motivos y que lo captó y reiteró el Presidente del Congreso Constituyente en la respuesta al precitado informe, quedando implícito en la prohibición de restringir los derechos fundamentales.

De lo anterior, se advierten cuatro principios constitucionales:

1. El deber de la autoridad de garantizar el goce de los derechos fundamentales;
2. La prohibición de restringir la protección de los derechos fundamentales;

3. Los titulares de los derechos fundamentales tienen derecho a gozar de éstos en la extensión concedida en la propia Constitución y dentro de los límites o restricciones impuestos por el Poder Constituyente; y
4. El respeto más amplio a la libertad humana.

El primer principio es de carácter positivo y lo debe aplicar toda autoridad, incluido el Poder Reformador. El segundo principio es de carácter negativo y debe cumplirlo toda autoridad, incluido el Poder Reformador. El tercer principio tienen derecho a ejercerlo los titulares de los derechos fundamentales. Y el cuarto principio debe observarlo toda autoridad, también incluido el Poder Reformador, toda vez que si es el único Poder al que se le otorgó la facultad de reformar o adicionar la Constitución, en términos del artículo 135 constitucional, ello no significa que al ejercerla puede soslayar el respeto más amplio a la libertad humana, pues si lo hiciera esa facultad se ejercería en exceso y con ello pugnaría con el primero y segundo de los principios constitucionales, al restringir más aún los derechos fundamentales que restringió el Poder Constituyente y con lo cual también incumpliría con el principio del respeto más amplio posible a la libertad humana.

III . CONCEPTOS DE GARANTÍA, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS

En el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, se publicaron diversas reformas constitucionales en materia de derechos humanos, estando relacionadas con este trabajo, la denominación del Capítulo I del Título Primero, la cual quedó de la siguiente forma: De los derechos humanos y sus garantías; y el artículo 1°, párrafo primero, el cual se reformó y adicionaron dos párrafos, pasando los anteriores párrafos segundo y tercero a ser cuarto y quinto, en los términos que a continuación se indican:

Artículo 10. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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

La distinción constitucional entre derechos humanos y garantías, nos obliga a exponer sus conceptos, así como el de derechos fundamentales que es el más utilizado en la jurisprudencia nacional y doctrina nacional y extranjera.

Según Ferrajoli, la garantía, es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo.¹² Para Carbonell todos los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados.¹³ Para Ferrajoli los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar; y por derecho subjetivo debe entenderse cualquier expectativa positiva (de prestaciones) negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.¹⁴

Para Carbonell, en México los derechos fundamentales son aquellos que según la Constitución corresponden universalmente a todos, por lo que pueden encontrarse en cualquier parte del texto constitucional, el cual incorpora por varias fuentes del derecho otros derechos fundamentales, como es el caso de las reformas constitucionales, los Tratados internacionales de los que se derivan otras fuentes como los comentarios u observaciones generales de los comités de expertos, así como de los que se derivan de la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales principalmente la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁵

Para Nash Rojas, después de la Segunda Guerra Mundial fue el momento en que surgió un uso particular de la noción de derechos humanos, vinculada a la idea de limitación internacional del poder del Estado respecto a los individuos sujetos a su jurisdicción y a la idea de ciertas prestaciones positivas a las que se encuentra obligado; es decir, la sociedad internacional creó un sistema humanitario para proteger a los individuos del exceso en el ejercicio del poder por parte de los gobernantes.¹⁶ El principio inspirador del sistema de codificación del derecho internacional sobre derechos humanos, es la garantía de la dignidad del ser humano por medio de ciertos derechos mínimos que son reconocidos a los individuos en su sola condición de seres humanos.¹⁷

¹²Citado por CARBONELL, Miguel, Los derechos fundamentales en México, 3ª, Porrúa, México, 2009, pp. 6 y 7. En la obra de otro jurista nacional Rodolfo Lara Ponte, Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano, desde su primera edición de 1993 a cuarta de 2007, a las garantías individuales les da el tratamiento de derechos humanos.

¹³Ibidem, p. 9.

¹⁴Ibidem, p. 12.

¹⁵Ibidem, pp. 53, 60-62, 65 y 66.

¹⁶Nash Rojas, Claudio, La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica, Fontamara, México, 2010, p. 15.

¹⁷Ibidem, p. 61.

Donnelly¹⁸ sostiene que los derechos humanos son los derechos que una persona posee por el simple hecho de que es un ser humano. Hunt¹⁹ afirma que los derechos humanos precisan de tres cualidades entrelazadas: los derechos deben ser naturales (inherentes a los seres humanos); iguales (los mismos para todos); y universales (válidos en todas partes), pero para que sean derechos humanos, los seres humanos de todo el mundo deben poseerlos por igual y sólo por su condición de seres humanos; sin embargo, agrega, no son suficientes las anteriores tres cualidades, pues los derechos humanos solamente cobran sentido cuando adquieren contenido político; es decir, no son los derechos de los seres humanos en la naturaleza, son los derechos de los seres humanos en sociedad, en relación con sus semejantes, garantizados en el mundo político, cuya expresión en éste ámbito fue por primera vez en la Declaración de Independencia de Estados Unidos de 1776 y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789.²⁰

Hunt da cuenta de que desde principios del siglo XVIII se utilizó la expresión derechos humanos, pero con carácter religioso como derechos divinos y humanos o derecho humano divino. Thomas Jefferson, refiere Hunt, utilizaba la denominación de derechos naturales o derechos del hombre, pero a principios del siglo XIX, en 1806, utilizó la expresión derechos humanos para referirse a los males del tráfico de esclavos, pues al sostener que los africanos gozaban de derechos humanos, Jefferson no se refería implícitamente a los esclavos afroamericanos, ya que los derechos humanos para él no permitían a los africanos, menos aún a los afroamericanos, actuar por cuenta propia.²¹

La mayoría de los teóricos y filósofos del derecho, consideran a los derechos fundamentales como derechos humanos positivizados, como auténticos derechos subjetivos, a los que el ordenamiento jurídico dota de un tratamiento normativo y procesal privilegiado, siendo el control jurisdiccional el mecanismo más perfeccionado y eficaz. Los derechos humanos o derechos morales, son previos a las normas que operan como protección de ellos; por ello, los derechos fundamentales encierran siempre valores o bienes que se han considerado lo suficientemente relevantes como para ser dignos de protección por un determinado sistema normativo.²² Los derechos fundamentales aparecen en un determinado momento histórico como respuesta a nuevas y justificadas demandas sociales, jurídicas y políticas en forma de necesidades básicas, cuyo concepto ha sido objeto de trabajos que han proliferado desde la mitad de la década de los setenta del siglo pasado.

¹⁸Donnelly, Jack, *Derechos humanos universales: en teoría y en la práctica*, traducción de Ana Isabel Stellino, 2ª, Gernika, México, 1998, p. 23.

¹⁹Hunt, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Traducción de Jordi Beltrán Ferrer, Tusquets, España, 2009, pp. 19 y 20.

²⁰*Ibidem*, pp. 245, 246 y 21.

²¹Hermida del Llano, Cristina, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, España, 2005, pp. 8 y 10.

²²*Ibidem*, p. 12.

Es importante señalar, que antes de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, el Poder Judicial de la Federación ya protegía los derechos humanos previstos en los Tratados, mediante el juicio de amparo, como a continuación veremos.

Para el Poder Judicial de la Federación, los derechos humanos contenidos en los Tratados suscritos por México son objeto de protección mediante el juicio de amparo, sobre violación de garantías individuales que involucren a aquéllos.²³ Este criterio se apoyó en el artículo 133 constitucional, con el argumento de que los Tratados forman parte de la Ley Suprema de toda la Unión, pues si el amparo es procedente contra actos y leyes, también por éstos en contra de derechos humanos contenidos en Tratados que impliquen violación de garantías individuales.

Tal criterio se reiteró respecto de la procedencia del amparo directo en contra de sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, en materia de derechos humanos, salvo tratándose de cuestiones electorales.²⁴

²³DERECHOS 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, (Tesis aislada), Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, Agosto de 2008, p. 1083, Tesis aislada número I.7°.C.46 K, (SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 344/2008. Jesús Alejandro Gutiérrez Olvera.10 de julio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz).

²⁴AMPARO DIRECTO. PROCEDE CONTRA LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ, EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, SALVO TRATÁNDOSE DE CUESTIONES ELECTORALES, (Jurisprudencia), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXII, Agosto de 2010, p. 5, Jurisprudencia número P./J.68/2010, (Contradicción de tesis 350/2009. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil, todos del Séptimo Circuito. 6 de mayo de 2010. Mayoría de diez votos. José Fernando Franco González Salas votó con salvedades. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Luis María Aguilar Morales, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia se pronunciaron a favor de suprimir lo referente a la materia electoral. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretario: Fernando Silva García. El Tribunal Pleno, el doce de julio en curso, aprobó con el número 68/2010, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a doce de julio de dos mil diez).

IV. INCIPIENTE INTERPRETACIÓN DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE EL ARTÍCULO 1 CONSTITUCIONAL REFORMADO

Después de la precitada reforma constitucional de 10 de junio de 2011, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, realizó una interpretación en torno al artículo 1 constitucional, con motivo de la consulta a trámite en el expediente varios número 912/2010, derivado del cumplimiento a la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que los juzgadores de todo el país están obligados a verificar que las leyes que aplican se ajustan a la Constitución Federal y a los Tratados internacionales sobre derechos humanos, es decir, están obligados a realizar un control de convencionalidad dentro de un modelo de control difuso de constitucionalidad. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana de Derechos Humanos, los jueces deben velar porque sus disposiciones no se vean limitadas por disposiciones internas que sean contrarias a su objeto y fin. Por tal razón, afirmó que el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad debe realizarse entre normas de derecho interno, en relación con la Constitución Federal y la mencionada Convención, tomando en cuenta no solamente su texto sino también la interpretación realizada por la Corte Interamericana. Por lo que los jueces de todo el país podrán dejar de aplicar en el caso concreto las normas que resulten contrarias a la Constitución o a los Tratados internacionales, sin que ello implique una declaración de inconstitucionalidad, que sigue reservada a la justicia federal.²⁵

La anterior interpretación del Pleno de la Suprema Corte de Justicia respecto del artículo 1 constitucional, no es completa ni tampoco está agotada en lo que abordó, en virtud de que, para efectos de nuestro trabajo, no planteó ni resolvió acerca de la recepción constitucional de los derechos humanos consagrados en los Tratados; es decir, si con la incorporación o no de los Tratados internacionales en la Constitución adquieren rango constitucional, cuya elucidación nos permitirá distinguir si constituyen un bloque de constitucionalidad o un bloque de convencionalidad, así como sus efectos.

²⁵Suprema Corte de Justicia de la Nación, Página principal de la Suprema Corte de Justicia de Nación, (1º. de agosto de 2011), comunicado de prensa de 15 de julio de 2011, disponible desde: <http://www2.scjn.gob.mx/comunica2prensa/>

Claro está, pues derivado del precitado expediente varios número 912/2010 emitió solamente tesis aisladas. Una de ellas está relacionada con la vinculación de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus términos, no solamente en los puntos de resolución concretos sino en la totalidad de los criterios contenidos en ella, cuando el Estado mexicano fue parte en el litigio; sentencia que constituye cosa juzgada, por lo cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación no tiene competencia para decidir si tal sentencia es correcta o incorrecta, pero sí para acatarla y cumplirla, pero además es obligatoria para todos los órganos del Estado mexicano²⁶

Otra tesis aislada señala que los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando el Estado mexicano no fue parte en el litigio, son orientadores para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a la persona, en términos del artículo 1º de la Constitución Federal. Así, los jueces nacionales, deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los Tratados de los que México es parte, los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger, sin que esto prejuzgue la posibilidad de que sean los criterios internos los que cum-

²⁶SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO, (Tesis aislada), Décima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tesis: P.LXV/2011 (9ª), página: 556, (Precedentes: Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Unanimidad de once votos en relación con la obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; votaron con salvedades: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas y Luis María Aguilar Morales. Mayoría de ocho votos en cuanto a la posibilidad de revisar si se configura alguna de las excepciones del Estado Mexicano al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de aquella, o alguna de las reservas o declaraciones interpretativas formuladas por el Estado Mexicano; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos y Luis María Aguilar Morales. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXV/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "ÚNICO. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: 'CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.'", conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011. Las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente).

plan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1º constitucional, lo cual tendrá que valorarse caso por caso para garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos:²⁷

En la siguiente tesis aislada, abordó el control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad, refiriendo que de conformidad con el artículo 1º constitucional, que todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias están obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución, sino también por aquéllos contenidos en los Tratados en los que México es parte, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano, es decir, el principio pro persona; mandatos que deben interpretarse junto con lo establecido en el artículo 133 para determinar el marco dentro del cual debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país; es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1º Constitucional, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados internacionales aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en

²⁷CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, (Tesis aislada), Décima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tesis: P. LXVI/2011 (9ª), página: 550, (Precedentes: Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de seis votos; votaron en contra: José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Sergio A. Vallis Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVI/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "ÚNICO. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: 'CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.'", conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011. Las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente).

los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los Tratados en la materia.²⁸

En diferente tesis aislada, se refiere al parámetro de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, en la que se señala que el mecanismo de control a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, es decir, el parámetro de análisis que deben ejercer todos los jueces del país se integra de la manera siguiente: a) Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 10. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) Todos los derechos humanos contenidos en Tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) Los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) Los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.²⁹

²⁸ CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD, (Tesis aislada), Décima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tesis: P. LXVII/2011 (9ª), página: 535, (Precedentes: Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVII/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: 'CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.'", conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011. La tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente).

²⁹ PARÁMETRO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, (Tesis aislada), Décima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tesis: P. LXVIII/2011 (9ª), página: 551, (Precedentes: Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVIII/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: 'CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.'",

En otra tesis aislada dispone los pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, partiendo de que la posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, no supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas; por tanto, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad deberá realizar los pasos siguientes: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los Tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.³⁰

conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011. La tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente).

³⁰PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, (Tesis aislada), Décima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tesis: P. LXIX/2011 (9ª), página: 552, (Precedentes: Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXIX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: 'CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.'", conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011. La tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente).

En forma simultánea, con respecto a las anteriores tesis aisladas, el mismo Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el mes de julio de dos mil once aprobó la tesis de jurisprudencia número P./J.31/2011, derivada de una acción de inconstitucionalidad promovida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en la que se sostiene que el artículo 105, fracción II, constitucional, al establecer las acciones de inconstitucionalidad, tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Ley Suprema, lo que implica que se promueven para preservar de modo directo y único la supremacía constitucional, por lo que sólo los derechos fundamentales previstos en la Constitución pueden servir de parámetros de control en las acciones de inconstitucionalidad promovidas por los organismos de protección de los derechos humanos, y también lo es que al no existir un catálogo de derechos fundamentales tutelados por la Constitución a los que deban ceñirse los organismos al promover las acciones de inconstitucionalidad, todos los derechos fundamentales de la Constitución pueden invocarse como violados, sin que proceda hacer clasificaciones o exclusiones de derechos susceptibles de tutelarse por esta vía, de modo que los organismos de protección de los derechos humanos también pueden denunciar violaciones al principio de legalidad contenidos en los artículos 14 y 16 constitucionales, con lo que es dable construir un argumento de violación constitucional por incompatibilidad de una norma con un tratado internacional sobre derechos humanos³¹

Nash Rojas da cuenta de que en Europa, en los casos de Alemania, España y Francia, las normas internacionales sobre derechos humanos no tienen rango constitucional, aunque sí constituyen criterios de interpretación al igual que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Y en los casos de Francia y España, en la institución del bloque de constitucionalidad, no se comprenden las normas internacionales sobre derechos humanos³²

³¹ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR UN ORGANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN LA DEMANDA RESPECTIVA PUEDEN PLANTEARSE VIOLACIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y, POR ENDE, LA INCONSTITUCIONALIDAD INDIRECTA DE UNA LEY POR CONTRAVENIR LO ESTABLECIDO EN UN TRATADO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 10 DE JUNIO DE 2011), (Tesis de Jurisprudencia), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, Tesis de Jurisprudencia: P.J./31/2011, página: 870, (Precedentes: Acción de inconstitucionalidad 22/2009. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 4 de marzo de 2010. Unanimidad de votos en relación con el criterio contenido en esta tesis; mayoría de siete votos en cuanto a que la legitimación de las Comisiones de Derechos Humanos para hacer valer acciones de inconstitucionalidad les permite plantear violaciones a derechos humanos previstos expresamente en la Constitución General de la República, incluso violaciones a los artículos 14 y 16 constitucionales; votaron en contra y en el sentido de que las Comisiones de Derechos Humanos incluso tienen legitimación para promover acciones de inconstitucionalidad en las que se haga valer la invalidez de una ley por violar derechos fundamentales previstos en tratados internacionales: José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Fabiana Estrada Tena. El Tribunal Pleno, el cuatro de julio en curso, aprobó, con el número 31/2011, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a cuatro de julio de dos mil once).

³²Nash Rojas, Claudio, op. cit., pp. 164-169.

En cambio, expone que la recepción constitucional de los derechos humanos en Latinoamérica, como en los casos de Colombia, Costa Rica, Argentina y Perú, es diferente pues se ha ampliado la interpretación del bloque de constitucionalidad en forma tal que dentro de dicha institución se comprenden las normas internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia internacional, en particular, la que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³³

V. INCORPORACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE LOS QUE MÉXICO ES PARTE

En el caso de México, exploremos cómo se realizó la incorporación de los derechos humanos en el texto constitucional con motivo de la mencionada reforma de 10 de junio de 2011. En la Cámara de Diputados se inició el proceso de reforma constitucional, cuyo dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos, publicado en la gaceta parlamentaria de 23 de abril de 2009, en su apartado III relativo a las consideraciones, en lo general se afirma que:

... se pretende dotar a la Constitución de los elementos y mecanismos para garantizar la máxima protección de los derechos humanos, así como dar cumplimiento a las obligaciones internacionales que en esta materia ha reconocido nuestro País con la firma y ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos, para incorporar un régimen más amplio de protección de los derechos humanos en el país. ... Por lo anterior, el Congreso de la Unión de México, debe aprovechar esta oportunidad histórica para otorgar a los derechos humanos un lugar preferente en la Constitución, proceso que durante más de una década ha esperado a que se logre con la amplia participación de la sociedad civil. En lo particular, el dictamen señala

... organismos internacionales y nacionales han recomendado a México la incorporación de los derechos humanos al sistema constitucional para fortalecer el estado democrático y garantizar la mayor protección de los derechos de las personas. ... que los derechos humanos son una de las dimensiones constitucionales del derecho internacional contemporáneo y que éstos son inherentes a la dignidad de la persona y reconocidos por el Estado a través de sus leyes. Su vigencia, protección, defensa, promoción, educación y vigilancia, son una responsabilidad del estado que se ha venido reforzando a través de la firma y ratificación de los tratados internacionales en la materia, que establecen pautas para garantizar una serie de derechos que son universales, inalienables, imprescriptibles e inderogables. ... La reforma al artículo 1º propone distinguir claramente entre derechos y garantías individuales, ... por lo que ya no existiría distinción entre derechos humanos reconocidos en la Constitución y los derechos reconocidos por el Estado mexicano vía los tratados internacionales. La única diferencia sería su fuente u origen.

³³ Ibidem, pp. 169-183.

... La incorporación del principio pro personae obedece a la obligación del estado de aplicar la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.³⁴

Por su parte, la Cámara de Senadores por conducto de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, en su dictamen de 7 de abril de 2010 en torno a la minuta de la colegisladora, publicado en la gaceta parlamentaria del día siguiente, concretamente en su apartado IV relativo a las modificaciones, señaló lo siguiente:

..., la propuesta de cambiar dicha denominación resulta plausible atendiendo a que se incorpora y eleva a rango constitucional los derechos humanos. La propuesta consiste en hacer un amplio reconocimiento de los derechos humanos, dándoles carácter constitucional a todos, con lo que deben considerarse incluidos, tanto los que se encuentran expresamente reconocidos en el texto constitucional como los consagrados en los tratados internacionales de los que México sea parte ... con este reconocimiento se evita crear derechos de primera y segunda categoría según estén o no en la Constitución, ya que actualmente los derechos que se contienen en las garantías individuales gozan de una protección más amplia y directa que aquellos que se encuentran consagrados en los tratados internacionales...

... Es tarea del legislador constituyente resolver el mecanismo conforme el que se resolverán los posibles conflictos de normas y en general, el sistema de aplicación. Por ello, se propone adoptar el principio de interpretación conforme que se ha establecido y aplicado en otros sistemas garantistas, destacadamente el español, con óptimos resultados. El argumento estriba en que, tomando en cuenta nuestros antecedentes constitucionales, este principio resulta el más adecuado para llevar a cabo una armonización del derecho doméstico con las disposiciones internacionales. En virtud del principio de interpretación conforme se da una aplicación subsidiaria del ordenamiento internacional con el objeto de llenar las lagunas existentes, sin que esto signifique, en ningún momento, la derogación o desaplicación de una norma interna.

Define los principios aplicables a los derechos humanos de la manera siguiente:

... El de universalidad se concibe, de conformidad con la doctrina internacional de los derechos humanos, que éstos corresponden a todas las personas por igual. La falta de respeto de los derechos humanos de un individuo tiene el mismo peso que la falta de respeto de cualquier otro y no es mejor ni peor según el género, la raza, el origen étnico, la nacionalidad o cualquier otra distinción. Éste se convierte en el

³⁴ Cámara de Diputados, Página principal de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión (23 de enero de 2012), disponible desde: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

principio fundamental por el que se reconoce igual dignidad a todas las personas y con él se obliga a toda autoridad a que en el reconocimiento, la aplicación o restricción del derecho, se evite cualquier discriminación.

El de interdependencia consiste en que cada uno de los derechos humanos se encuentra ligados unos a otros y entre sí, de tal manera que el reconocimiento de un derecho humano cualquiera, así como su ejercicio, implica necesariamente que se respeten y protejan multiplicidad de derechos que se encuentran vinculados; de esa manera si se quiere reconocer un derecho se deben de garantizar toda la gama de derechos propios del ser humano. A través de este derecho se está marcando una orientación clara para las autoridades, que al proteger un derecho deben observar los efectos que se causan sobre otros, a la vez que se obliga, en la labor de promoción de los mismos, a mantener siempre una visión integral.

Respecto al principio de indivisibilidad, éste se refiere a que los derechos humanos son en sí mismos infragmentables, ya sean de naturaleza civil, cultural, económica, política y social, pues son todos ellos inherentes al ser humano y derivan de su dignidad. Así, no se puede reconocer, proteger y garantizar parte de un derecho humano o sólo un grupo de derechos; de esta forma se consigue que la protección se haga de manera total y se evite el riesgo de que en la interpretación se transija en su protección.

Finalmente, el principio de progresividad de los derechos humanos establece la obligación del Estado de procurar todos los medios posibles para su satisfacción en cada momento histórico y la prohibición de cualquier retroceso o involución en esta tarea. La inclusión de estos principios resulta conveniente en el esquema que se propone adoptar; a través de ellos, se señalan criterios claros a seguir tanto para las autoridades judiciales como para las legislativas y administrativas en la defensa y promoción de los derechos humanos³⁵

De acuerdo a las anteriores consideraciones plasmadas en los dictámenes de las Cámaras de Diputados y Senadores, resulta evidente que la intención de incorporar en la Constitución los derechos humanos contenidos en los Tratados en los que México es parte, es precisamente que adquieran rango constitucional aunque materialmente estén en un texto normativo internacional y no en la Constitución, a efecto de garantizar su protección a todos sin existir diferencias de grados, excepto la de su fuente; pero además se prevé que en caso de conflicto entre normas nacionales y Tratados en materia de derechos humanos, se resuelva con el principio de interpretación conforme, con el cual se da una aplicación subsidiaria del ordenamiento internacional con el objeto de llenar las lagunas existentes. Sin embargo, esta incorporación implica distinguir el orden jerárquico normativo a la luz del artículo 133 constitucional, por lo que a continuación veremos las interpretaciones que ha hecho acerca de él la Suprema Corte de Justicia.

³⁵Cámara de Senadores, Página principal de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión (23 de enero de 2012), disponible desde: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=3&f=2010/04/08/1>

VI. OPINIONES DOCTRINARIAS RESPECTO A LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, invitó al público en general para que acudiera al auditorio norte el 25 de octubre de 2011, a las 17:00 horas, a la conferencia del Dr. Eduardo Ferrer MacGregor, ex juez ad hoc en la Corte Interamericana de Derechos Humanos e investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, intitulada *Control de la convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, en la cual el ponente afirmó, entre otros aspectos, que los derechos humanos contenidos en los Tratados suscritos por México al insertarse en la Constitución constituyen un bloque de constitucionalidad; asimismo, aseveró que los derechos humanos tienen sus principios, por lo que ya no se les aplicará los principios o métodos de interpretación relativos al de proporcionalidad y ponderación.³⁶

El mencionado Centro de Estudios también invitó al público en general, para que acudiera a los salones C y D del edificio G el día 28 de noviembre de 2011, a la presentación del libro *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)* de los autores Dr. Sergio García Ramírez y Maestra Julieta Morales Sánchez.³⁷ En dicho evento, el autor de este trabajo de investigación le formuló al Dr. Sergio García Ramírez, las siguientes preguntas:

¿Una reforma constitucional sobre derechos humanos es susceptible tildarse de inconstitucional si pugna con principios y valores constitucionales?, a lo que respondió que ese tema lo trata en su libro.

Desafortunadamente, en el libro que presentó no nos brinda su opinión, por esa razón se le hizo la pregunta; en efecto, en su libro menciona el tema como algo que todavía se discute; nos recomienda la obra colectiva intitulada *Reforma y Control de la constitución. Implicaciones y límites*; expone la reflexión de Bidar Campos acerca de que una nueva constitución o reformada puede ser inconstitucional por violación a Tratados internacionales de derechos humanos preexistentes; y refiere la evolución del criterio que ha tenido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, respecto a la posible inconstitucionalidad de una reforma constitucional.³⁸

³⁶Cámara de Diputados, Página principal de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, (18 de octubre de 2011), Gaceta Parlamentaria de 18 de octubre de 2011, disponible desde: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

³⁷Cámara de Diputados, Página principal de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, (15 de noviembre de 2011), Gaceta Parlamentaria de 15 de noviembre de 2011, disponible desde: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

³⁸García Ramírez, Sergio, y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, Porrúa, México, 2011, pp. 24 y 27.

¿La reforma constitucional en materia de derechos humanos implica la figura del bloque de constitucionalidad?, a lo cual respondió que depende de la interpretación que se dé al artículo 133 constitucional, ya que si a los Tratados sobre derechos humanos se les considera en el nivel de la constitución existirá el bloque de constitucionalidad; en caso de que a tales Tratados se les considere por debajo de la constitución, no constituyen bloque de constitucionalidad.

¿Para la interpretación de los derechos humanos, es susceptible aplicar los métodos o criterios hermenéuticos relativos al principio de proporcionalidad, razonabilidad y ponderación?, a lo que respondió que por supuesto, ya que incluso los aplicaba como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y dicha Corte los sigue aplicando.

¿La restricción de derechos humanos pugna con sus principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad?, a lo que manifestó que no necesariamente, ya que inclusive está prevista la restricción de derechos humanos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¿México requiere de un instrumento normativo para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?, a lo cual respondió que sí, pues se necesitan puentes normativos para ello.

VII. INTERPRETACIONES SOBRE EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL

1. Interpretaciones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia. La primera interpretación fue literal, como se aprecia a continuación:

Conforme al artículo 133 de la Constitución, ésta, las leyes del Congreso que de ella emanen, y los tratados que, con aprobación del mismo, hiciere el presidente de la República, constituyen esa Ley Suprema.³⁹

³⁹ LEY SUPREMA DE LA NACIÓN, (Tesis aislada), Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo II, página 885, (Amparo penal directo interpuesto ante la Suprema Corte. Vélez Luis. 18 de marzo de 1918. Mayoría de seis votos. Ausentes: Enrique M. de los Ríos, Enrique Moreno y Alberto M. González. Disidentes: Agustín de Valle y Victoriano Pimentel. La publicación no menciona el nombre del ponente).

La segunda interpretación fue en el sentido de que la Constitución ocupa el primer lugar, mientras que las leyes federales y los Tratados internacionales tienen la misma jerarquía normativa con rango inmediatamente inferior a la Constitución:

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.⁴⁰

La tercera interpretación fue similar a la anterior, pero con el matiz de que el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa:

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.⁴¹

La cuarta interpretación fue en el sentido de que los Tratados se ubican por encima de las leyes federales y en un segundo plano en relación con la Constitución, como se aprecia en la tesis siguiente:

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

⁴⁰ LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA, (Tesis aislada), Octava Época, Instancia: Pleno, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo 60, diciembre de 1992, p. 27, tesis número P.C/92, (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).

⁴¹ LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA, (Tesis aislada), Octava Época, Instancia: Pleno, Fuente: Apéndice 2000, Tomo I, p. 1230, tesis número 1781, (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).

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, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.⁴²

La quinta interpretación es en el sentido de que el principio de supremacía constitucional se traduce en que la Constitución, las Leyes Generales del Congreso y los Tratados internacionales constituyen la Ley Suprema de la Unión; o sea, un orden jurídico superior nacional, en el que la Constitución está en la cúspide, y por debajo de ella los Tratados internacionales y las Leyes Generales, como se advierte a continuación:

⁴²TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, (Tesis aislada), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Noviembre de 1999, p. 46, Tesis número LXXVII/99, (Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve).

A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las Leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de "supremacía constitucional" implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la "Ley Suprema de la Unión", esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales.⁴³

La sexta interpretación consistió en que los Tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las Leyes Generales, Federales y Locales, cuya tesis es del tenor siguiente:

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.⁴⁴

⁴³SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, (Tesis aislada), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Abril de 2007, p. 6, Tesis número P.VIII/2007, (Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez).

⁴⁴TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES, INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, (Tesis aislada), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Abril de 2007, Tesis número P. IX/2007, p. 6, (Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez)

Esta última tesis aislada se determinó por mayoría de seis votos contra cinco; minoría de ministros que emitió cada uno de ellos su voto particular con tendencia en que la jerarquía normativa se disuelve.⁴⁵

Actualmente, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia no ha reinterpretado el artículo 133 a la luz de la reforma al artículo 1, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2. Interpretaciones doctrinarias. La fuente del artículo 133 constitucional es el artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos de América, cuyo texto primigenio en su cláusula o párrafo segundo, que permanece en la actualidad, es el siguiente:

*This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding.*⁴⁶

La traducción que hacemos del anterior párrafo es la siguiente:

Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que sean hechas de acuerdo a aquélla, y todos los tratados hechos, o que sean hechos, bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema de la tierra; y los jueces de cada Estado estarán obligados a ella, cualquier cosa de cada Constitución o de las leyes de cualquier Estado que la contraríen no permanecerán con ella.

Según el jurista mexicano Del Rosario Rodríguez, el objetivo del anterior precepto constitucional es hacer prevalecer el orden federal y mantener unida la federación, para lo cual se obligó a los jueces de cada Estado cumplir los contenidos de la Constitución Federal por encima de las constituciones y leyes locales, previendo con ello un control difuso, pero además refiere que el sentido original y alcance de dicha disposición constitucional es la definición de competencias, para evitar conflictos entre la competencia federal y la estatal, otorgando facultades expresas al gobierno central y reservando el resto al ámbito estatal conforme a lo establecido por la 10ª Enmienda,⁴⁷ que dispone:

⁴⁵Suprema Corte de Justicia de la Nación, Página principal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, (4 de noviembre de 2011), disponible en: <http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=172650&cPalPrm=TRATADOS,&cFrPrm=>

⁴⁶Cornell University Law School, Página principal de Cornell University Law School (28 de diciembre de 2011), disponible en: http://www.law.cornell.edu/anncon/html/art6_user.html

⁴⁷Cfr. Del Rosario Rodríguez, Marcos, La cláusula de supremacía constitucional. El artículo 133 constitucional a la luz de su origen, evolución jurisprudencial y realidad actual, Porrúa, México, 2011, pp. 89, 90, 197 y 198.

*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people.*⁴⁸

Es decir, *Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos para los estados, están reservados para los Estados respectivamente o para el pueblo.*

Los antecedentes de la supremacía constitucional se hallan en Inglaterra en el caso Thomas Bonham (médico que fue sancionado con la privación de su libertad por el *Royal College of Physicians* debido a que no contaba con la autorización de éste para ejercer su profesión, quien apeló la decisión y el famoso juez Cook resolvió que la sanción violó el orden supremo del Common Law); y en los Estados Unidos en los casos conocidos de *Marbury v. Madison*; *McCulloch v. Maryland*; y *Gibbons v. Ogden*.⁴⁹

En opinión de Del Rosario Rodríguez, el principio de supremacía constitucional se plasmó en la primera parte del artículo 126 de la Constitución Mexicana de 1857, pero con el error de haber incluido la frase “las leyes del Congreso de la Unión”, ya que con ello, se permitió que en las interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia y de los doctrinarios fueran incluidas leyes diferentes a las de la naturaleza federal; principio de supremacía constitucional que no puede aislarse del control difuso para su verdadera eficacia. Y en cuanto al artículo 133 de la Constitución de 1917, advierte que se ha insistido que contiene una jerarquía normativa.⁵⁰

Inclusive, Del Rosario Rodríguez pasa revista al pensamiento de los siguientes juristas acerca de la supremacía de la Constitución: Kelsen (Supremacía porque contiene los requisitos para la creación de todas las normas del sistema jurídico y porque surge con base en la norma hipotética fundamental); Eduardo García Maynez (para quien las demás normas jurídicas son simples realizaciones y aplicaciones de los criterios de la norma fundamental, de manera que la Constitución Federal está en un primer plano; las leyes y Tratados internacionales, en un segundo plano, con lo cual respeta la interpretación original en torno al artículo 6 de la Constitución Americana); Gabino Fraga (quien distingue entre leyes constitucionales producidas por el órgano revisor de conformidad con el artículo 135 constitucional; y leyes ordinarias, orgánicas y reglamentarias, que dimanen de un procedimiento sencillo y del poder legislativo ordinario, sin que en aquéllas señale una superioridad, ni en éstas una primacía, de manera que el artículo 133 constitucional no dispone una categorización de leyes); Felipe Tena Ramírez (el

⁴⁸Cornell University Law School, Página principal de Cornell University Law School (28 de diciembre de 2011), disponible desde: <http://www.law.cornell.edu/constitution/billofrights>

⁴⁹Cfr. Del Rosario Rodríguez, Marcos, op. cit., pp. 23-67.

⁵⁰Cfr. Del Rosario Rodríguez, Marcos, op. cit., pp. 89-91.

contar con medios de control constitucional, imposibilita la activación del control difuso); Mario de la Cueva (distingue leyes que desarrollan preceptos constitucionales, que son el cuerpo y alma de la Constitución elaboradas por el Congreso de la Unión, y que poseen naturaleza distinta, colocándose por debajo de la Constitución y por encima de cualquier ley ordinaria); Jorge Carpizo MacGregor (señala jerarquía entre leyes constitucionales y leyes federales, estando estas últimas en un mismo plano con las leyes locales); Elisur Arteaga Nava (jerarquiza la normativa de la forma siguiente: norma de primer nivel, primaria: la Constitución. Normativa secundaria, de segundo nivel: leyes orgánicas, reglamentarias y ordinarias emitidas por el Congreso de la Unión en las que no hay grados de superioridad, por lo que en caso de conflicto se acude al principio de ley posterior deroga a la anterior; actos del Poder Ejecutivo: facultades extraordinarias, de carácter preventivo y las compartidas con al Cámara de Senadores en tratándose de Tratados; y los actos del Poder Judicial de la Federación: jurisprudencias; y actos de las legislaturas federales y los surgidos del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal. Normativa de tercer nivel: leyes y decretos emitidos y que emitan las legislaturas locales. Y en cuarto nivel: los reglamentos emitidos por el poder ejecutivo federal y locales, incluso los del Jefe de Gobierno del Distrito Federal; acuerdos, circulares, reglamentos de la Suprema Corte de Justicia; acuerdos generales del Consejo de la Judicatura Federal; puntos de acuerdo y resoluciones del Congreso de la Unión, así como acuerdos de las legislaturas locales; reglamentos, acuerdos y bandos de policía de los Ayuntamientos de los Municipios); Jacinto Faya Viesca (distingue entre leyes federales y estatales, en las que no hay prelación, o sea, no hay jerarquía entre ellas); José de Jesús Gudiño Pelayo (el artículo 133 constitucional plasma dos principios: el de supremacía de la Constitución y el de primacía del orden federal sobre el local; y de los artículos 94, párrafo séptimo, constitucional; y 76 bis y 192, primer párrafo, de la Ley de Amparo, deriva el control difuso)⁵¹

Como hemos observado, Del Rosario Rodríguez analiza los antecedentes de la supremacía constitucional, en Estados Unidos de América y México, así como la doctrina extranjera y nacional, pero además la evolución interpretativa de la supremacía constitucional por parte de la Segunda Sala, Sala Auxiliar, tribunales colegiados en materia administrativa, Primera Sala y Pleno del Poder Judicial de la Federación (de la Quinta a la Novena Época), en las que en la Quinta Época, la ley constitucional como la ley de amparo, está por encima de las leyes federales y estatales; Séptima y Octava Época, en las que se considera la supremacía constitucional como única y es constitutiva de un derecho público subjetivo y son equiparados en el mismo nivel a los tratados internacionales y a las leyes federales, respectivamente; y Novena Época, en la que la Constitución es la Ley Suprema, los Tratados internacionales están en un segundo plano, dice Del Rosario, por la fuerza del principio *pacta sunt servanda* y por el papel del Estado Mexicano hacia el exterior; y en un tercer plano, el derecho federal y local, en virtud de lo dispues-

⁵¹Ibidem, pp. 102-137.

to por el artículo 124 constitucional; Novena Época, en la que hubo innovaciones, pues se varió la jerarquía normativa para quedar de la manera siguiente: Constitución, en primer plano; Tratados internacionales, en segundo plano; y leyes generales, en tercer plano, las que son superiores a las leyes federales y locales.⁵²

Después de la anterior importante información, Del Rosario Rodríguez afirma que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha distanciado de la esencia de la cláusula, al ignorar que consistía en regular las posibles controversias surgidas entre el ámbito local y el ámbito federal, con la prevalencia de éste sobre aquél para la conservación de la Unión de los Estados americanos; y además señala que dicha Suprema Corte al fijar una escala jerárquica disuelve la concepción de una “Ley Suprema”, a la cual Del Rosario concibe como un bloque constitucional.⁵³

Finalmente, Del Rosario Rodríguez asevera que es posible redireccionar la interpretación constitucional hacia la noción originalista con lo cual se fortalece el bloque de constitucionalidad o ley suprema, establecido en el sistema constitucional americano, y permitiría resaltar la primacía de los derechos humanos, pero además incluir al municipio, en una regulación competencial y no jerárquica, con la aplicación de un control difuso, lo cual permitirá el orden constitucional, la vigencia y el funcionamiento del sistema competencial.⁵⁴ Y concluye diciendo que dentro del bloque de constitucionalidad, la Constitución conserva su lugar como norma suprema, pero tratándose de los derechos humanos se ha consolidado un nuevo orden extraterritorial, universal, con los Tratados, convenciones y pactos al respecto, por lo que la cúspide se ha ensanchado, en la que ya no solamente está la Constitución, sino los Tratados y las leyes que protegen derechos fundamentales. Incluso, el mencionado jurista va más allá citando los casos de “La última tentación de Cristo vs Chile” y “Las Palmeras vs Colombia”, en los que se evidenció la inadecuación del orden constitucional doméstico con los contenidos de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que trajo como consecuencia la modificación del marco legal de esos países (constituciones y leyes), con lo que la Constitución dejó de ser la norma suprema de control y validación en materia de derechos humanos, abriéndole paso a la mencionada Convención Americana.⁵⁵

El jurista mexicano Corcuera apunta que en América los Tratados de derechos humanos tienen diferentes niveles; es decir, cuatro niveles: En el nivel supraconstitucional, Guatemala, ya que en su Constitución en el artículo 46, coloca a los Tratados de derechos humanos por encima del derecho interno, incluida la Constitución; y Colombia, pues en su Constitución en el artículo 93, ubica los Tratados de derechos humanos en el nivel supranacional, en la medida que las disposiciones constitucionales sobre derechos humanos deben interpretarse de acuerdo con

⁵²Ibidem, pp. 139-177.

⁵³Ibidem, pp. 189-194.

⁵⁴Ibidem, pp. 200-203.

⁵⁵Ibidem, pp. 206-209.

las de los Tratados en materia de derechos humanos. En el nivel constitucional, los coloca la Constitución de Argentina, en su artículo 75, inciso 22, en el que incorpora una lista de Tratados sobre derechos humanos y de manera expresa refiere que tienen jerarquía constitucional. En el nivel intermedio entre la Constitución y las leyes ordinarias, da los ejemplos de las Constituciones del Salvador, en su artículo 145; y Paraguay, en su artículo 136. Y en el nivel en que los Tratados de derechos humanos están con las leyes ordinarias, pone el ejemplo de los Estados Unidos de América.⁵⁶

Corcuera, propone la reforma constitucional de los artículos 1º; 105, fracción II, inciso B; 107, fracción VIII, inciso A); y 133, para otorgar de manera expresa a los Tratados en materia de derechos la misma jerarquía que la Constitución; suprimir la hipótesis de la acción de inconstitucionalidad en contra de Tratados en materia de derechos humanos y dejar la hipótesis para aquellos Tratados que requieran estar de acuerdo con la Constitución; suprimir la procedencia del amparo contra Tratados violatorios de la Constitución; asimismo, derogar la fracción I, del artículo 76 y adicionar en el artículo 73, constitucionales, para otorgar al Congreso de la Unión la facultad de aprobar Tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el ejecutivo de la unión.⁵⁷

3. Bloque de constitucionalidad. Del Rosario Rodríguez, a lo largo y al final de su citada obra alude al bloque de constitucionalidad, en el que según él la Constitución no posee una supremacía sobre el resto de las normas integrantes del bloque, sino que comparte dicha primacía con los Tratados internacionales de derechos humanos, con lo cual se genera una expansión cuantitativa y cualitativa a favor de las personas, concluyendo que la nueva dimensión de la cláusula de supremacía constitucional contenida en el artículo 133, deberá integrar diferentes bloques competenciales: 1. Bloque de constitucionalidad (Constitución, Tratados Internacionales en materia de derechos humanos en un plano de igualdad, Tratados internacionales y leyes federales en un nivel inferior). 2. El ámbito estatal. 3. El ámbito general o de coordinación. y 4. Ámbito municipal.⁵⁸

Por nuestra parte, consideramos que para entender el bloque de constitucionalidad, es indispensable remontarnos a su origen y evolución como parte de un movimiento internacional de expansión de control judicial de constitucionalidad, con mayor impulso después de la Segunda Guerra Mundial. La doctrina del bloque de constitucionalidad se originó en Francia, adoptándola España, Italia y Austria. En Francia, los tratadistas del derecho público la esbozaron y el Consejo Constitucional la aplicó en su sentencia de 16 de julio de 1971. Maurice Hauriou aludió al bloque legal, en el derecho administrativo, lo que permitió designar las leyes

⁵⁶Corcuera Cabezut, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, Oxford, México, 2009, pp. 158-163.

⁵⁷*Ibidem*, pp. 191-193.

⁵⁸*Ibidem*, pp. 210 y 214.

y principios generales del derecho que podía aplicar el Consejo de Estado para controlar las actividades de la administración pública; de aquí, nació y se desarrolló el bloque de constitucionalidad, para designar el conjunto de los principios y reglas de valor constitucional.⁵⁹

Arturo Hoyos, al releer la obra Principios de derecho público y constitucional de Maurice Hauriou, sostiene que éste afirma que la Constitución incluía reglas de legalidad contenidas en leyes orgánicas y prácticas y costumbres constitucionales; y que si bien los principios de las libertades públicas contenidos en declaraciones de derechos no constan en la Constitución escrita forman parte de la superlegalidad constitucional porque constituyen un elemento de la legitimidad constitucional que está por encima de la misma Constitución escrita. Hoyos señala que el Consejo Constitucional francés, para designar la doctrina del bloque de constitucionalidad, se refiere a los principios y reglas de valor constitucional, cuyo contenido es el siguiente:

- a) Las disposiciones de la Constitución de 1958, que consta de 92 artículos;
- b) Las disposiciones de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, del artículo 1 al 17;
- c) Las disposiciones del Preámbulo de la Constitución de 1946, que corresponden a una declaración de derechos económicos y sociales que completa la Declaración de 1789; y
- d) Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la república. No forman parte de este bloque los reglamentos de las asambleas parlamentarias, las normas internacionales y los principios generales del derecho.⁶⁰

En España, el bloque de constitucionalidad está integrado por:

- a) Las normas de la Constitución de 1978;
- b) Los estatutos de autonomía y otras normas que distribuyen competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.⁶¹

⁵⁹Hoyos, Arturo, La interpretación constitucional, Temis, Colombia, 1998, p. 89.

⁶⁰Ibidem, pp. 89-91.

⁶¹Ibidem, p. 92.

En Italia, el bloque de constitucionalidad lo integran:

- a) Las normas constitucionales, las leyes constitucionales y las normas que no son formalmente constitucionales que producen declaración de inconstitucionalidad de una ley por entrañar violación indirecta de la Constitución;
- b) Las normas que están en lugar intermedio entre la Constitución formal y la ley ordinaria, pueden generar una inconstitucionalidad por violación de normas interpuestas, que son, según la doctrina:
- c) Normas de derecho internacional;
- d) Normas que regulan la comunidad europea;
- e) Normas de los Tratados lateranenses que el legislador no puede modificar unilateralmente;
- f) Leyes que regulan las relaciones del Estado con los cultos no católicos, los que no puede modificar el Estado sin acuerdos previos; y
- g) Leyes que contienen los principios fundamentales sobre las competencias de los entes regionales.

La Corte Constitucional, en principio declaró la inconstitucionalidad de leyes italianas opuestas a las normas internacionales de la Comunidad Europea, después varió el criterio al permitir a los jueces desaplicar la ley nacional y aplicar preferentemente las normas comunitarias. Y en 1981, consideró una costumbre con valor constitucional (La autonomía contable de la Presidencia de la República y la de las dos cámaras parlamentarias).⁶²

En Estados Unidos de América no existe la doctrina del bloque de constitucionalidad, a pesar de que la novena enmienda dispone que la enumeración de ciertos derechos en la Constitución no debe ser interpretada como una negación o rebaja de otros derechos que el pueblo retiene.⁶³

⁶²Ibidem, pp. 94 y 95

⁶³Ibidem, pp. 95 y 96.

VIII. LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL POR MEDIO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, PREVISTA EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DEL SISTEMA INTERAMERICANO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y SU INTERPRETACIÓN POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Fue adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. El Senado de la República la aprobó el 18 de diciembre de 1980 y se publicó en el Diario Oficial de la Federación de 9 de enero de 1981, vinculándose por adhesión el 24 de marzo de 1981, fecha en la que entró en vigor en nuestro país.

El artículo 7 de dicha Convención consagra el derecho a la libertad personal y sus restricciones, en los términos siguientes:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.*
- 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*
- 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.⁶⁴*
- 4. a 7... .*

Del contenido de esta disposición internacional, se aprecia que toda persona tiene derecho a la libertad; y prohíbe privar de dicha libertad física, excepto por las causas y en las condiciones establecidas previamente en las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas; es decir, la restricción del derecho a la libertad física debe estar prevista en la legislación nacional de los Estados Parte, lo que significa que la disposición internacional en comento, al remitir la restricción de la libertad física a la legislación nacional no se superpone a ésta sino que le reconoce primacía.

Pese a esta primacía de la legislación nacional de los Estados Parte (en materia de restricciones al derecho de la libertad física), la Convención establece en su artículo 30 el alcance de las restricciones, de la manera siguiente:

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

⁶⁴ Secretaría de Relaciones Exteriores, Página principal de la Secretaría de Relaciones Exteriores (7 de enero de 2012), disponible en: <http://www.sre.gob.mx/tratados/index.php>

Como se puede apreciar, el anterior enunciado internacional acota las restricciones del goce y ejercicio de los derechos y libertades, como es el derecho a la libertad física, de conformidad a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Con respecto a esta disposición internacional, el Gobierno de la República Oriental de Uruguay solicitó opinión a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual quedó registrada como opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, respecto a la expresión “Leyes”. La Corte, por unanimidad opinó lo siguiente:

La palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.

Opinión que fue signada por el juez presidente Thomas Buergenthal; y los jueces Vicepresidente Rafael Nieto Navia, Rodolfo E. Piza E., Pedro Nikken, Héctor Fix-Zamudio, Héctor Gros Espiell y Jorge R. Hernández Alcerro, así como el Secretario Charles Moyer.⁶⁵

Para una mayor comprensión de la anterior opinión, es importante resaltar que la consulta fue en el sentido de si la expresión leyes, se refiere a leyes en sentido formal (norma jurídica emanada del parlamento y promulgada por el poder ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución), o en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico.⁶⁶

En las consideraciones de la Corte, en su párrafo 27, foja 7, afirma que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el poder ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado. Pero, requiere además, según su párrafo 28, que esas leyes se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. En su párrafo 29, refiere que interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del “bien común” art. 32.2, concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es “la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad” “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” en adelante “Declaración Americana”, Considerandos, párr. 1.⁶⁷

⁶⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, Página principal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (7 de enero de 2012), disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>

⁶⁶Idem.

⁶⁷Idem.

En resumen, en términos de los artículos 7 y 30 de la Convención, así como de la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la expresión leyes citada en el último de los aludidos artículos, excluye a la Constitución, reformas y adiciones a ésta, decretos, acuerdos, reglamentos, circulares, sentencias, etc.

Adicionalmente, es importante mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Los niños de la calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, en su sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafo 135, fijó el criterio en torno a la libertad personal, derivada del artículo 7.1 de la Convención, en el sentido de que la protección de la libertad salvaguarda:

*Tanto la protección de la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal.*⁶⁸

Asimismo, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*, dicho Tribunal en su sentencia de 21 de noviembre de 2007, en su párrafo 52, fijó en términos generales, el concepto de libertad y seguridad, en los términos siguientes:

*En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.*⁶⁹

Asimismo, es de destacarse que en la referida sentencia en comento, en su párrafo 145, se fijó el criterio acerca de los límites de la restricción de la libertad, en los términos siguientes:

Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludir la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. ⁷⁰

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Página principal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (10 de enero de 2012), disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Ibidem, p. 33.

Es decir, la Corte señala que del artículo 8.2 de la Convención, se derivan como límites de la restricción de la libertad, por medio de la prisión preventiva, el asegurar que el detenido no impida el desarrollo del procedimiento ni eluda la acción de la justicia; de manera que, el Estado tiene prohibido restringir la libertad, a través de la prisión preventiva, más allá de dichos límites.

2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Fue adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966. El Senado de la República lo aprobó el 18 de diciembre de 1980 y se publicó el 9 de enero de 1981, vinculándose México por adhesión el 23 de marzo de 1981, cuya vigencia empezó el 23 de junio de 1981.

Su artículo 5, párrafo 2, dispone lo siguiente:

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

El artículo 9, párrafos 1 y 3, establecen:

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

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.⁷¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, en su sentencia de 12 de noviembre de 1997, párrafo 77, reitera el criterio de que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, así como la obligación estatal que se deriva del artículo 8.2 de la Convención Americana, de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Asimismo, destaca que este concepto está expresado en múltiples instrumentos internacionales de los derechos humanos, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Po-

⁷¹Secretaría de Relaciones Exteriores, Página principal de la Secretaría de Relaciones Exteriores (7 de enero de 2012), disponible en: <http://www.sre.gob.mx/tratados/index.php>

líticos, y que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, según artículo 9.3; en caso, contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida; sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.⁷²

El carácter excepcional de la prisión preventiva, lo reitera la Corte en el caso *Tibi Vs. Ecuador*, en cuya sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrafo 106, considera que es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Concluyendo, en el párrafo 107, que el Estado dispuso la prisión preventiva del señor Daniel Tibi, sin que existieran indicios suficientes para suponer que la presunta víctima fuera autor o cómplice de algún delito; y tampoco probó la necesidad de dicha medida, por lo que la prisión preventiva fue arbitraria y violó el artículo 7.3 de la Convención.⁷³

Es importante resaltar, que la Corte ha puesto de relieve los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad de las restricciones de derechos, mismos que infiere del artículo 22 de la Convención Americana, según lo afirma en el párrafo 123 de la sentencia de 31 de agosto de 2004, en el caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. En esta misma sentencia, en su párrafo 129, refiere que la jurisprudencia internacional y la normativa comparada coinciden en que para aplicar las medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado y que se presente alguna de las circunstancias siguientes: peligro de fuga del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y peligro de que el imputado cometa un delito, siendo esta última cuestionada en la actualidad. Asimismo, que dichas medidas cautelares no pueden constituirse en un sustituto de la pena privativa de la libertad ni cumplir los fines de la misma, lo cual puede suceder si se continúa aplicando cuando ha dejado de cumplir con las funciones arriba mencionadas; de lo contrario, la aplicación de esas medidas cautelares sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos.⁷⁴

⁷²Corte Interamericana de Derechos Humanos, Página principal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (10 de enero de 2012), disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.doc

⁷³Corte Interamericana de Derechos Humanos, Página principal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (10 de enero de 2012), disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.doc

⁷⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos, Página principal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (10 de enero de 2012), disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.doc

En esta misma sentencia, respecto al requisito de proporcionalidad, la Corte en el párrafo 132, menciona lo dicho por el Comité de Derechos Humanos (ONU) en su observación general número 27, supra nota 135, párrafos 14 y 15, en los términos siguientes:

14. [...] *Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.*

15. [...] *El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que define las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas.*⁷⁵

Adicionalmente, es de destacar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobó en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, en cuyo principio III, relativo a la libertad personal, numeral 2, correspondiente a la excepcionalidad de la privación preventiva de la libertad, señaló que se deberá asegurar por la ley que en los procedimientos judiciales o administrativos se garantice la libertad personal como regla general, y se aplique como excepción la privación preventiva de la libertad, conforme se establece en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En el marco de un proceso penal, deberán existir elementos de prueba suficientes que vinculen al imputado con el hecho investigado, a fin de justificar una orden de privación de libertad preventiva. Ello configura una exigencia o condición sine qua non a la hora de imponer cualquier medida cautelar; no obstante, transcurrido cierto lapso, ello ya no es suficiente. La privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática, que sólo podrá proceder de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos.⁷⁶

⁷⁵Idem.

⁷⁶Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Página principal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (13 de enero de 2012), disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

IX. SEGUNDO Y NUEVO SISTEMA CONSTITUCIONAL SOBRE RESTRICCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS

La reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, insertó en el artículo 29 la restricción de derechos humanos y garantías, con elementos de la ya prevista y conocida anteriormente como suspensión de garantías individuales, con la participación de la Suprema Corte de Justicia, con un mismo procedimiento tanto para la restricción como para la suspensión, con la prohibición de restringir o suspender ciertos derechos señalados expresamente, entre los que está excluida la libertad personal o deambulatoria, como se puede apreciar en el texto reformado que es del tenor siguiente:

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

Consideramos que en el artículo 1º, párrafo primero, constitucional, a pesar de que también fue reformado por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, contiene el principio de restricción de derechos y garantías, que corresponde a un sistema de restricción de derechos; mientras que la restricción de derechos y garantías prevista en el artículo 29, constituye otro sistema de restricción de derechos. Esta dualidad de sistemas de restricción de derechos, tienen fuentes diversas: el artículo 1º, abrevó del fenómeno social de la revolución mexicana e ineficacia de la Constitución de 1857; en tanto, el artículo 29 reformado, tiene como fuente los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, generados con motivo de la Segunda Guerra Mundial, en los que se prevé y autoriza paradójicamente la restricción de derechos.

Estimamos suficiente para la presente investigación, enunciar algunas diferencias entre los sistemas de restricción de derechos, con el objeto de hacer hincapié en que el sistema de restricción de derechos previsto en el artículo 1º, párrafo primero, constitucional, es más garantista y brinda mayor certeza jurídica:

1. En el artículo 1º, los casos y condiciones a que se refiere están contemplados en diversos artículos de la Constitución. En el artículo 29, para la restricción se utilizan los casos de la suspensión (invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto).

2. En el artículo 1º, el poder constituyente estableció la restricción. En el artículo 29, el poder reformador estableció la restricción, con lo cual la amplió pues no estaban previstos en la Constitución como restricción los casos de suspensión.

3. La Constitución al prever los casos y condiciones de restricción, excepto los de la reforma al artículo 19 constitucional, opera con la aplicación de los preceptos constitucionales correspondientes en los que se contienen restricciones de derechos. En el artículo 29, la restricción opera con un Decreto del Presidente de la República y aplicación del mismo.

4. Respecto del artículo 1º, la ley secundaria desarrolla la restricción dentro de los límites constitucionales. En el artículo 29, la restricción la desarrolla el Decreto del Ejecutivo Federal.

5. Las restricciones a que se refiere el artículo 1º, previstas en la Constitución y desarrolladas en las leyes dentro de los límites de ésta, tienen vigencia intemporal. La restricción del artículo 29, contenida en Decreto presidencial tiene plazo de vigencia o deja de tener ésta cuando así se indique en Decreto del Congreso.

6. En el artículo 1º, la restricción en la Constitución no debe estar fundada y motivada. La restricción en el artículo 29, exige que el decreto de restricción esté fundado y motivado.

7. La restricción de derechos a que se refiere el artículo 1º, tiene límites que están previstos en diversos preceptos constitucionales. La restricción a que se refiere el artículo 29, aunque excluye ciertos derechos de la misma, no están previstos constitucionalmente los límites a los que se deba sujetar el decreto de restricción de derechos y garantías, con lo cual se permite la ampliación de los límites que sí están en la Constitución.

8. La restricción de derechos prevista en el artículo 1º, no requiere de aprobación del Congreso, ni ser revisada por la Suprema Corte ni que ésta resuelva sobre las restricciones constitucionales contempladas en diversos artículos. En el artículo 29, la restricción contenida en el decreto presidencial, requiere estar fundada, motivada, revisada de oficio por la Suprema Corte de Justicia y resuelta por ésta la constitucionalidad y validez del decreto presidencial.

9. La restricción a que se refiere el artículo 1º, no requiere de un procedimiento interinsitucional para su aplicación. La restricción en el artículo 29, contiene un procedimiento en el que participan secretarías de Estado, la Procuraduría General de la República, así como los tres poderes de la unión (el ejecutivo propone la restricción; el legislativo la autoriza; el judicial convalida la constitucionalidad y legalidad del decreto presidencial de restricción de derechos y garantías).

10. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, respecto a la expresión “Leyes”, contenida en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se refiere al alcance de las restricciones, resolvió, como ya vimos, tal expresión se refiere a *la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.*

Es decir, se requiere de una ley formal, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mientras que el artículo 29, para la restricción no se prevé una ley del Congreso de la Unión, sino un decreto presidencial, el cual no es el instrumento normativo a que se refiere el artículo 30 de la precitada Convención, por tanto, el artículo 29 constitucional pugna con el artículo 30 de la Convención Americana.

En cambio, el artículo 1º constitucional, es pionero desde 1917 en materia de restricción de derechos en el nivel constitucional, cuyo sistema es más respetuoso y protector, es un dique para que no se afecte el núcleo de los derechos humanos fundamentales y sus garantías.

11. El artículo 29 en materia de restricciones, pugna con el artículo 1º, ya que éste en la propia Constitución establece los casos y condiciones para la restricción, mientras que en aquél, so pretexto de casos de suspensión, los casos y condiciones se establecen en un decreto presidencial.

X. ¿DESPLAZAMIENTO DE LA SOBERANÍA NACIONAL Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL POR LA SOBERANÍA SUPRANACIONAL Y SUPREMACÍA CONVENCIONAL?

1. Postura supranacional relativa. El jurista colombiano Rey Cantor, al abordar la soberanía absoluta recuerda que Jean Bodino la definió como el poder absoluto y perpetuo en una República, como el poder supremo sobre súbditos y ciudadanos, sin restricciones legales; de esta soberanía también destaca la opinión de Zagrebelsky de que los Estados se presentaban como fortalezas cerradas, protegidas por el principio de la no injerencia. El Estado soberano no podía admitir competidores; estaba excluida la posibilidad de un mandato sobre los Estados dimanante de una autoridad superior a cuya voluntad éstos tuvieran que someterse a un gobierno supranacional o mundial. Con lo cual, Rey Cantor agrega que sólo los Estados eran sujetos de derecho internacional y titulares de derechos.⁷⁷

Esta concepción clásica de la soberanía se ha transformado, según Juan Antonio Carrillo Salcedo, por la proclamación de la dignidad de la persona humana y el reconocimiento de los derechos humanos que le son inherentes en la Carta de las Naciones Unidas (1945) y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Los derechos humanos han dado nueva dimensión a los principios generales del derecho internacional, que han contribuido a consolidar nociones del *ius cogens* y de obligaciones internacionales *erga omnes*, que contraen soberanamente los Estados al ratificar Tratados que reconocen derechos humanos, cuyo consentimiento no es tan decisivo, ya que existen obligaciones que les vinculan jurídicamente al margen de su voluntad o contra ella, ya que existen principios y reglas de rango superior, de *ius cogens*, que no pueden ser modificadas por la voluntad unilateral de los Estados.⁷⁸

Rey Cantor en esta ruta de pensamiento, sostiene que los Estados están sometidos (su Constitución, leyes, actos administrativos, sentencias judiciales .) a un conjunto de normas superiores que provienen de afuera, o sea, a normas internacionales que reconocen los derechos humanos que se incorporan en el derecho interno prevaleciendo jerárquicamente, siendo la persona humana

⁷⁷Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, México, 2008, p. XLII.

⁷⁸*Ibidem*, pp. XLII y XLIII.

su titular convirtiéndose en sujeto activo de derecho internacional ante la jurisdicción internacional cuando el Estado soberano le ha violado sus derechos, asumiéndose como sujeto pasivo en la relación jurídico procesal, en su condición de demandado.⁷⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, apunta Rey Cantor ante la diezmada soberanía, en el caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú, en la sentencia de 4 de septiembre de 1998, párrafo 101, sostiene que Perú suscribió y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En consecuencia aceptó las obligaciones convencionales consagradas en ésta en relación con todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. No sobra decir que el Perú, al igual que los demás Estados parte en la Convención, aceptó ésta precisamente en el ejercicio de su soberanía.⁸⁰

En cambio, el jurista mexicano García Ramírez en el prólogo de la citada obra de Rey Cantor, afirma que no omitirá mencionar la posibilidad de que un Estado, en ejercicio de su soberanía, reconsidere su pertenencia a un orden internacional vinculante que estima desfavorable a sus propias decisiones constitucionales, cuya superioridad sostiene, y que al amparo de esa reconsideración se excluya de ese orden a través de la denuncia del tratado correspondiente, como ha sucedido en un solo caso en el sistema interamericano, el de Trinidad y Tobago, con lo que restablecería el imperio pleno de su normativa constitucional, exenta de control de convencionalidad; pero refiere que sí omitirá por ahora las implicaciones de temas como las fuentes del régimen internacional y de los deberes del Estado (costumbre, jus cogens).⁸¹

Asimismo, Rey Cantor pregunta ¿La Constitución Política de ese Estado “soberano” gozará de supremacía?, a lo cual responde que el principio de supremacía de la Constitución comienza a erosionarse, a partir del momento en que el Estado Parte en un tratado o convención internacional que reconoce derechos humanos (por ejemplo Convención Americana de Derechos Humanos) adquiere obligaciones internacionales objetivas erga omnes de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio, y de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos, esto es, de legislar de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es una erosión porque la expedición de la Constitución y el poder de reforma constitucional quedan sometidos a los Tratados en vigor que en la práctica obligan a cada Estado a ejecutar determinados actos, o abstenerse de llevar adelante otros; asimismo, queda sometida la expedición de las leyes y los actos administrativos a dichos Tratados.⁸²

⁷⁹Ibid., p. XLIII.

⁸⁰Ibid., p. XLV.

⁸¹Ibidem, pp. XXVI y XXVII.

⁸²Ibidem, pp. XLVII

También considera que se erosiona la teoría del poder constituyente, ya que no podrá actuar como poder único, superior, supremo, unitario y excluyente, expidiendo la Constitución o reformándola. Además, el poder legislativo no goza de plena autonomía e independencia para expedir las leyes porque en la medida en que se ha ido intensificando no sólo el número sino, sobre todo, el alcance o la intensidad con que el legislador internacional se ocupa de los derechos fundamentales, se va reduciendo el margen de actuación del legislador interno. El derecho internacional de los derechos humanos, exagerando un poco dice Rey Cantor, está pasando de ser un límite para el legislador interno, a ser el sustituto de éste, pues a menudo la ley se limita a reproducir, con mucha o poca fortuna, lo que un documento internacional ya impone; además cumplen con obligaciones internacionales impuestas en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por violaciones a estos derechos, por ejemplo, cuando los estados expiden leyes internas, actos administrativos o constitucionales incompatibles con el tratado y la Corte ordena modificar, reformar o derogar tales leyes o actos. La supremacía de la Constitución entra en crisis con las sentencias internacionales.⁸³

Entusiasmado Rey Cantor con este innovador esquema, afirma que la Convención Americana de Derechos Humanos es norma de normas en la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Corte Interamericana se establece como auténtico guardián e intérprete final de la Convención, según palabras del jurista mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor. De ahí, sostiene Rey Cantor que la Convención Americana es la normatividad internacional de superior jerarquía a la que está subordinado el derecho interno del Estado Parte (Constitución, leyes, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas y judiciales, etc.). Se trata de un vínculo jurídico de supra y subordinación del derecho nacional (constitucional, administrativo.) respecto del derecho internacional de derechos humanos, constituyéndose así la supremacía de la Convención Americana.⁸⁴

En cambio para el jurista mexicano García Ramírez, la norma suprema interna acoge el ordenamiento internacional, constitucionaliza el régimen de los derechos humanos, los exalta al máximo peldaño del sistema jurídico, y con ello desplaza o resuelve el antiguo problema tan perturbador en esta materia, sobre la jerarquía del sistema nacional y del sistema internacional, enfrentados en un asunto de rangos, cuando el rango superior lo tiene desde siempre el ser humano.⁸⁵

2. Postura supranacional absoluta. Después de la primera guerra mundial, el jurista Mouskheli en su famosa obra *Teoría Jurídica del Estado Federal*, plantea la interrogante de si ¿existen dos fuentes distintas del derecho, una para el derecho interior y otra para el internacional, o bien reposan uno y otro sobre una base única e idéntica?, de la cual indica surge la oposición entre el concepto

⁸³Ibidem, p. XLVIII.

⁸⁴Ibidem, p. XLIX.

⁸⁵Ibidem, p. XXVIII.

dualista y monista, descartando a aquél porque apoyándose en Kelsen la ciencia jurídica debe responder al postulado de unidad. Asimismo, refiere que no es posible hablar de independencia absoluta del derecho nacional y del internacional. Destaca los dos argumentos de los partidarios del concepto dualista: respecto de sus fuentes, el derecho interior arranca de la voluntad de un solo Estado; el derecho internacional brota de la voluntad común de varios Estados; en cuanto a su objeto, el derecho interior regula las relaciones entre sí o de los individuos y el Estado; mientras que el derecho internacional regula exclusivamente las relaciones entre los Estados.⁸⁶

Mouskheli refuta estos dos argumentos aseverando que no es el estado quien crea el derecho interior, ya que se limita a formular el derecho que existe con anterioridad a él, lo positiviza adicionando la fuerza coercitiva; y la voluntad común de los Estados no justifica la validez objetiva del derecho internacional, pues la voluntad común supone un principio jurídico que transforma el contenido de distintas manifestaciones de voluntad en una entidad de la voluntad jurídica, en mérito a que las disposiciones de un tratado no podrán obligar a las partes contratantes si no existiese con anterioridad una regla de derecho (*pacta sunt servanda*) que reviste de efecto jurídico obligatorio a la voluntad. Y en cuanto a la diferencia del objeto no corresponde ya a la realidad, pues cada vez más autores considerando al individuo como el fin verdadero del derecho proclaman la necesidad de democratizar el derecho internacional, poniendo al individuo en el primer rango de los sujetos suyos; el derecho internacional se dirige ya a los individuos, como el caso de los apátridas, ya que el derecho internacional al dirigirse como intermediario a los Estados ello es una imperfección del derecho y de los organismos internacionales; la finalidad del derecho es el individuo, el hombre social, ya sea interno o internacional.⁸⁷

De igual forma, Mouskheli plantea la interrogante, pese a la unidad del derecho, ¿quién tiene la supremacía, el derecho estatal o el derecho internacional? La doctrina que sostiene la primacía del derecho estatal, ha transitado por dos fases pero que coinciden en que todo el derecho procede de la voluntad del estado, quien es creador único del derecho interior y del internacional; una fase o tendencia es la doctrina de la autolimitación; y la otra es la doctrina del derecho nacional exterior. La autolimitación se basa en la filosofía del derecho de Hegel, cuya teoría fundamental (tesis, antítesis y síntesis) conduce al poder absoluto del Estado, a su divinización; el individuo humano es la tesis, cuya antítesis es la sociedad civil, los cuales se unifican y armonizan en la síntesis que representa el Estado, que es un ente divino en el que reside el fundamento de su omnipotencia frente al individuo, por lo que no puede imponérsele limitación de ninguna clase, puesto que es la realización de la idea moral y de la libertad del individuo. Verdross sostie-

⁸⁶Mouskheli, M., *Teoría jurídica del Estado Federal*, ediciones Casa Poletti, pp. 9 y 11.

⁸⁷*Ibidem*, pp. 11 y 12.

ne que esta doctrina de la autolimitación es más antigua ya que encuentra su expresión en la doctrina romana acerca de los Tratados internacionales, expresada en forma científica por Ihering y Jellinek, cuyo punto de arranque es el que quien crea todo el derecho es el Estado, pero pregunta Mouskheli ¿cómo explicar que esa norma creada por el Estado, pueda tener fuerza obligatoria para él mismo?⁸⁸

Jellinek sostiene que a los primeros a quien obliga esa norma es a los órganos del Estado y siguiendo a Ihering refiere que el motivo que determina al Estado a obrar así es idéntico al que impulsa al hombre a dominarse a sí mismo: el egoísmo, el interés personal, pero le sorprende a Mouskheli que Jellinek asevere que el Estado no debe respetar el derecho sino cuando está de acuerdo con su interés, lo cual se basa en lo que dice Ihering respecto a que el derecho no es por sí mismo un fin, sino un medio para alcanzar aquél fin, tanto del Estado como del derecho, que consiste en la salvaguardia y conservación de las condiciones vitales de la sociedad; el derecho existe por la sociedad, en cuyo caso se debe sacrificar aquél, a lo cual también está de acuerdo Jellinek en cuanto al derecho internacional, ya que el estado se halla por encima de todo derecho. Esta teoría de la autolimitación la lleva Jellinek al derecho internacional.⁸⁹

La doctrina del derecho nacional exterior se estructuró bajo la influencia de la teoría jurídica de Kelsen, que consiste en una jerarquía de normas, en una pirámide en cuya cúspide se encuentra la regla fundamental hipotética, la cual fue adoptada por los partidarios de la tesis de la supremacía del derecho interior con respecto al derecho internacional, cuya validez reposa en la Constitución del Estado, concretamente en las disposiciones que autorizan al jefe de Estado a concertar Tratados con los Estados extranjeros; la creadora de la forma de elaboración del derecho internacional es la ley de los Estados contratantes; el orden internacional es un recorte de los órdenes jurídicos de todos los Estados que participan en la comunidad internacional.⁹⁰

En opinión de Mouskheli, ambas teorías se preocupan por el derecho internacional convencional, por lo que pregunta ¿dónde se dejan los usos y costumbres internacionales?, y agrega que inclusive una ley constitucional es deleznable como base del derecho internacional, ya que sí, apoyándose en el jurista Spiropoulos, los Tratados internacionales tienen por base las leyes y las constituciones del Estado, deberían desaparecer todos los Tratados internacionales en caso de revolución o cuando desapareciesen la Constitución y las leyes establecidas, pues éstas eran cimiento de su validez, lo cual es una prueba de que el manantial del que brotan las obligaciones internacionales no es el de la ley interior del Estado.⁹¹

⁸⁸Ibidem, pp. 13-16.

⁸⁹Ibidem, pp. 16-19.

⁹⁰Ibidem, pp. 20-23.

⁹¹Ibidem, pp. 23 y 24.

Mouskheli analiza las teorías de la regla fundamental, del derecho natural o racional y de la conciencia jurídica para establecer la supremacía del derecho internacional. La teoría de la regla fundamental se basa en la jerarquía de órdenes jurídicos de Kelsen, de manera que la ley es válida si no es contraria a la Constitución; y la validez de esta se funda en el derecho internacional, el cual se funda en la regla fundamental: *Pacta sunt servanda*, y ésta se apoya en una regla suprema que es hipotética; la crítica a esta teoría es que funda al derecho en una ficción de regla. En cuanto a la teoría del derecho natural, señala que tanto Santo Tomás de Aquino distingue entre derecho natural primario que abarca los principios fundamentales, inmutables; y un derecho natural secundario, llamado *jus gentium*, en el que están comprendidas las consecuencias del derecho natural primario. La teoría del derecho natural o racional resurgió a finales del siglo XIX, cuyos defensores fueron Michoud y Le Fur, quien afirmó que los sujetos de derecho son los hombres; y los antecedentes del derecho son el histórico, económico e interior que es todo lo que el hombre extrae de su propio fondo, inteligencia y conciencia; el antecedente interior guarda relación con el derecho natural, del que distingue cuerpo y alma del hombre, quien posee sentidos espirituales: del bien, de lo verdadero, de lo justo y de lo injusto. Le Fur funda su derecho en los sentidos espirituales del hombre, sobre su sentimiento de justicia que es universal y sobre su conciencia, de esta naturaleza del hombre toma el nombre del derecho natural, que contiene dos reglas: respetar libremente los compromisos contraídos y la obligación de reparar todo daño causado injustamente, a los que agrega Mouskheli el respeto de la autoridad, que constituyen tres principios inmutables e universales; pero hay un derecho racional o científico que tiene por objeto establecer una armonía de derecho, de acuerdo con las necesidades de los distintos tiempos y países; el derecho natural y el racional proporcionan al derecho positivo sus fundamentos y su finalidad que es el bien común; la crítica que hace Mouskheli a esta teoría es que no dice nada acerca de su carácter obligatorio, o sea, de la validez objetiva de los principios fundamentales del derecho natural. Y la teoría de la conciencia jurídica, que sostiene Krabbe en el sentido de que sólo existe una fuente del derecho, nacional o internacional, y esa es el sentimiento o la conciencia jurídica, innata en el hombre. Duguit también considera que la fuente creadora del derecho nacional e internacional es el estado de conciencia del individuo (convicción del carácter obligatorio de la norma, convicción de que es necesaria para mantener el orden social y convicción de la necesidad de sancionarla). La crítica a esta teoría es que no se sabe de donde proviene el carácter normativo de la conciencia.⁹²

Después de analizar estas teorías, Mouskheli refiere que la supremacía del derecho internacional fluye en ellas y dice con Verdross que la idea de la justicia resuelve el litigio científico sobre la primacía del derecho nacional y la del derecho de gentes, porque la justicia universal se opone a la primacía del derecho natural. La supremacía del derecho internacional o supranacional, dice con Krabbe, arranca del valor superior que posee una cultura más grande.⁹³

⁹²Ibidem, pp. 26-39.

⁹³Ibidem, p. 40.

En cuanto a la soberanía, Mouskheli asevera que esta noción atribuida al Estado, es una de las que más han obstaculizado el desarrollo racional de las relaciones internacionales, de lo cual se han dado cuenta a principios del siglo XX algunos autores que han revisado esta noción anticuada, pero la mayoría la ha conservado, depurándola y adaptándola a las nuevas condiciones sociales y jurídicas, para lo cual nos da el siguiente panorama: la palabra soberanía viene de soberano, superanus, que en latín vulgar significa el más elevado, el supremo; por tanto, soberanía significa la calidad de supremo. Jellinek captó el proceso de su formación histórica y dedujo sus consecuencias. La soberanía como categoría histórica es el producto de la lucha del poder estatal con los otros tres poderes: de la iglesia, del imperio y el poder feudal, con lo que se explica que en la antigüedad no existía la noción de soberanía, con lo cual afirma su independencia exterior frente a la iglesia y el imperio; y su carácter de poder supremo y absoluto frente a los señores feudales, en el interior. Los teorizadores confunden el poder estado con el poder real favorecida con la teoría de la patrimonialidad del poder público, lo que explica según Duguit la frase de Luis XIV: El Estado soy yo, cuyos atributos del poder real se convierten en los de la soberanía: absoluto, indivisible, inalienable e imprescriptible. Para justificar el carácter absoluto de la soberanía del poder real, los juristas inventan diversas teorías: la del derecho divino sobrenatural, que sostiene que el poder del rey emana de Dios; y la del derecho divino providencial, la cual afirma que todo poder viene de Dios, quien no determina al sujeto sino la dirección providencial de los acontecimientos y de las voluntades humanas; y todas las variantes de las doctrinas democráticas, en las que se produce un cambio del titular de la soberanía, del rey a la nación, conservando durante todo el siglo XIX los caracteres inexactos⁹⁴

Para Jellinek el poder estatal soberano equivale a poder independiente y supremo; aquél se manifiesta en el exterior en las relaciones con países extranjeros; y éste en el interior en las relaciones con los individuos y colectividades englobadas en el Estado soberano. Pero la soberanía no es un poder sin límites, sino que constituye la capacidad de decidir por sí mismo exclusivamente; limitación autónoma que no reconoce ningún lazo que emane de poderes extranjeros, pero que se los impone él mismo mediante el establecimiento de un orden jurídico⁹⁵. Para Labaud el criterio propio y esencial de la soberanía es la competencia de la competencia, la determinación de su propia competencia⁹⁶.

En opinión de Mouskheli las formas sociales han tenido evolución horizontal: de la familia, a tribu, ciudad, principado o provincia y Estado, en la que los grupos inferiores se fusionan en un grupo superior, sin borrar la individualidad de los primeros; asimismo, una evolución vertical, es decir, de una transformación de la sociedad no organizada en una organización jurídica. El nacimiento de la comu-

⁹⁴Ibidem, pp. 41-52.

⁹⁵Ibidem, p. 53.

⁹⁶Ibidem.

nidad internacional es tan fatal como el del Estado, pero además el orden jurídico internacional es más necesario que el estatal, porque pone en juego intereses más importantes, intereses de toda la humanidad. La sociedad internacional no va a hacer que desaparezca el estado nacional, aunque aquélla tenga sus propios órganos; muchas tareas administrativas de los estados han sido transferidas a la comunidad internacional, como son la unión postal internacional, la administración de ciertos ríos internacionales, la oficina internacional del trabajo, etc. La comunidad internacional tiene su jurisdicción propia, que es el tribunal permanente de arbitraje y el tribunal permanente de justicia internacional, etc., para preguntar y contestar en seguida que la comunidad internacional tiene el derecho de fijar libremente su propia competencia, la cual tiene el derecho de anular el acto ilegal de una agrupación inferior, pero además con base en el artículo 15, parágrafo 8, que se refiere a la competencia exclusiva de los estados, sostiene la primacía del derecho internacional, ya que es el derecho internacional el que deja la competencia⁹⁷

Distingue Mouskheli entre poder estatal y soberanía de la comunidad internacional: poder estatal es la condición de ser supremo, independiente y definitivo, de disponer de la última instancia, la cual no es única, es indivisible, imprescriptible e inalienable, así como absoluta, es decir, decide en última instancia, pero no ilimitado y omnipotente⁹⁸. Sostiene que la supremacía del derecho internacional es indiscutible y no se puede hablar de la soberanía del Estado sino dentro de los límites conferidos a éste por el primero. También distingue entre soberanía y la facultad de la última palabra: soberanía es competencia sobre las competencias, en tanto última palabra es poder limitado a un cierto dominio, cuya determinación depende de otro poder más elevado. Con palabras de Verdross dice que la competencia sobre las competencias corresponde a la comunidad internacional, la cual es jurídicamente ilimitada, pero no arbitraria ni omnipotente, sino que está limitada por su finalidad social; es la instancia suprema en la pirámide de las autoridades temporales; jurídicamente ilimitada, pero sometida a las reglas de la humanidad y de la justicia. Concluye con la opinión de Pillet en cuanto a que los Estados no son ya soberanos, pues la pretendida independencia de éstos no es otra cosa que la facultad de moverse libremente dentro de los límites fijados por el derecho público internacional; dentro de estos límites poseen el derecho a decidir en última instancia⁹⁹

3. Postura nacionalista. Para Carl Schmitt soberano es quien decide sobre el estado de excepción, definición que considera justa para el concepto de soberanía como concepto límite, en el sentido de la esfera más extrema, conectado al caso límite. Advierte que por Estado de excepción debe entenderse un concepto general de la doctrina del Estado, no un decreto de necesidad cualquiera o un Es-

⁹⁷Ibidem, pp. 57-64.

⁹⁸Ibidem, pp. 72 y 73.

⁹⁹Ibidem, pp. 72, 73, 78, 83-85.

tado de sitio; la decisión sobre la excepción es decisión en sentido eminente, dado que una norma general nunca puede captar una excepción absoluta, ni fundar la decisión de que está dado un caso excepcional auténtico. En la historia de la soberanía no se disputa sobre su definición (poder supremo originario de mandar), sino sobre quién decide en caso de conflicto. El caso excepcional no está previsto en el orden jurídico vigente. La Constitución a lo sumo puede señalar quien está autorizado a actuar en tal caso. Si la actuación no está sometida a control alguno, ni dividida entre diferentes poderes que se limitan y equilibran recíprocamente, como ocurre en el Estado de Derecho, se ve quién es el soberano, el cual decide si el caso es o no de necesidad y qué debe suceder para dominar la situación. El caso cae fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él, ya que tiene competencia para decidir si la Constitución puede ser suspendida *in toto*.¹⁰⁰

Refiere que nadie se ha molestado en investigar el sentido de las definiciones de los autores famosos en torno a la soberanía, por ejemplo la de Bodino, quien se pregunta ¿Hasta que punto está el soberano sujeto a las leyes y obligado frente a los estamentos sociales?, responde que las promesas obligan porque su fuerza descansa en el derecho natural, pero en caso de necesidad, dejar de serlo por virtud de los mismos principios generales del derecho natural. También se pregunta si las promesas del príncipe anulan su soberanía, a lo que responde que cuando fuese necesario obrar contra tales promesas, modificar o derogar las leyes, según lo requieran las ocasiones, tiempos y personas, que es el atributo más genuino de la soberanía del que deduce otros: firmar la paz, declarar la guerra, nombrar los funcionarios públicos, ejercer la jurisdicción suprema, conceder indultos, etc. El mérito científico de Bodino estriba en haber insertado en el concepto de soberanía la decisión; elemento que también los tratadistas del derecho natural del siglo XVII lo utilizan para reducir el problema de la soberanía en caso excepcional, el cual se pierde en el siglo XVIII al lograrse un orden relativamente duradero; Kant ya no considera que ya no es derecho el derecho de necesidad; para Kelsen, el Estado es el orden jurídico, elimina el concepto de soberanía; Krabber sostiene que el derecho es soberano, no el Estado, etc.¹⁰¹

Rousseau identifica la voluntad general con la voluntad del soberano, el pueblo se convierte en soberano, con lo cual desaparece el elemento decisionista y personalista que antes alentaba en el concepto de la soberanía. Desde 1848 la teoría jurídica del Estado se hace positiva y funda el poder en el poder constituyente del pueblo.¹⁰²

¹⁰⁰Schmitt, Carl, Teología política, Traducción de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez, Trotta, España, 2009, pp. 13 y 14.

¹⁰¹Ibidem, pp. 15, 18 y 19, 23-25.

¹⁰²Ibidem, pp. 46 y 48.

Ahora bien, el derecho de los pueblos, *ius gentium*, Derecho de Gentes o Derecho Internacional, tiene un aspecto preglobal y otro global; en el preglobal no se tenía conocimiento de la tierra en su totalidad, ni que estuviera sometida a la medición y distribución humana y común a todos los hombres y pueblos, ni se tenía conciencia de una meta política sobre el planeta común.¹⁰³ En esta fase, la naturaleza del derecho de gentes la encontramos en una definición medieval de Isidoro de Sevilla incorporada en el *Decretum Gratiani*: el Derecho de Gentes es ocupación de tierra, edificación y fortificación de ciudades, guerra, cautiverio, servidumbre, regreso del cautiverio, alianzas y Tratados de paz, armisticio, inviolabilidad de enviados y prohibiciones de casamiento con persona de raza foránea.¹⁰⁴ Este orden preglobal era esencialmente terrestre, pero se modificó en la época de los descubrimientos, en global, con lo que la conciencia de los pueblos europeos aprehendió y midió por primera vez la tierra, lo cual produjo el primer *nomos* de la tierra, que consistía en una determinada relación entre la ordenación espacial de la tierra firme y la ordenación espacial del mar libre, y que fue durante cuatrocientos años la base de un Derecho de Gentes centrado en Europa: *el ius publicum europaeum*.¹⁰⁵ Schmitt refiere que *nomos* es una palabra griega para la primera medición en la que se basan todas las mediciones ulteriores, para la toma de la tierra como primera partición y división del espacio, para la partición y distribución primitiva, la cual perdió su sentido original por el de gobernante y de cualquier regulación u ordenación normativista establecida.¹⁰⁶

Este derecho de gentes interestatal europeo moderno del siglo XVI al XX, surgió de la disolución de la ordenación medieval del espacio basada en el imperio y el papado.¹⁰⁷ En efecto, recordemos las Bulas Alejandrinas y el Tratado de Tordesillas, mediante las primeras el Papa Alejandro VI dona a los reyes católicos de Castilla y León, Fernando e Isabel, los *orbis alterius* (otros mundos o mundo de los otros, tierras desconocidas y no descubiertas); y por medio del mencionado Tratado los reyes católicos y Juan II, rey de Portugal, negociaron cambiar la línea trazada por el Papa de meridiano a un paralelo, a efecto de que este último rey continuara gozando de las tierras que también le fueron donadas en Bulas Papales anteriores.

El Nuevo Mundo se independiza de la ordenación tradicional del espacio del derecho de gentes europeo, a partir del siglo XVIII con las guerras de independencia, manifestadas en el siglo XIX y desplegadas en el siglo XX.¹⁰⁸

¹⁰³Schmitt, Carl, *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del <<ius publicum europaeum>>*, Traductora Dora Schilling Thou, Comares, España, 2002, p. 12.

¹⁰⁴*Ibidem*, p. 6.

¹⁰⁵*Ibidem*, p. 11.

¹⁰⁶*Ibidem*, pp. 31, 32 y 38.

¹⁰⁷*Ibidem*, p. 19.

¹⁰⁸*Ibidem*, pp. 72 y 73.

XI. LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO HUMANO DE LA LIBERTAD PERSONAL O DEAMBULATORIA POR MEDIO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, PREVISTA EN EL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES; Y SU INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Las instancias internacionales garantes de los derechos fundamentales en Europa son el Consejo de Europa, la Unión Europea y la Organización sobre Seguridad y Cooperación en Europa.¹⁰⁹ Como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, el 26 de junio de 1945 se firmó la Carta de las Naciones Unidas, en cuyo preámbulo se menciona que los pueblos de las Naciones Unidas están resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles; a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas; a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los Tratados y de otras fuentes del derecho internacional; asimismo, en su artículo 1, párrafo 3, se establece como propósito de las Naciones Unidas, el realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin motivos de distinción de raza, sexo, idioma o religión.¹¹⁰

De los tres mencionados ámbitos internacionales, abordaremos para efectos de nuestra investigación solamente el del Consejo de Europa que surgió de la idea expresada por Winston Churchill en 1943 y por un movimiento unificador limitado a Europa basado en los Tratados regionales, previstos en el artículo 52.1 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, cuyas bases fundacionales se establecieron en el Congreso de la Haya de 1948, concretándose su creación en el Estatuto del Consejo de Europa, realizado en Londres el 5 de mayo de 1949.¹¹¹ Dicho Estatuto en opinión de Cassese establece en su preámbulo una de las razones del establecimiento del Consejo que es el fomento del fortalecimiento de las libertades democráticas y de los derechos humanos con la esperanza de que, de este modo, no sólo se podía evitar el retorno a la barbarie del nazismo y el fascismo, sino también se podrían frenar la creciente influencia de los regímenes socialistas de la Europa del Este, al referir: Los Gobiernos del Reino de Bélgica, del Reino de Dinamarca, ... reafirmando su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, de la libertad política y del imperio del derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia.¹¹²

¹⁰⁹Hermida del Llano, Cristina, op. cit., p. 19.

¹¹⁰Organización de las Naciones Unidas, Página principal de la Organización de las Naciones Unidas, (6 de marzo de 2012), disponible en: <http://www.un.org/es/documents/charter/chapter1.shtml>

¹¹¹Hermida del Llano, Cristina, op. cit., pp. 19 y 20.

¹¹²Ibidem, pp. 20 y 21.

La finalidad del Consejo de Europa de realizar una unión más estrecha y promover ideales y principios, se perseguirá mediante el examen de asuntos de interés común, conclusión de acuerdos y adopción de acción conjunta en los campos económico, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales, según el artículo 1°, incisos a) y b), del aludido Estatuto.¹¹³

Los Estados miembros del Consejo de Europa en 1950 rompieron con el derecho internacional clásico, al instaurar un sistema de garantía colectiva en el ámbito de los derechos fundamentales, mediante la aprobación de la Convención de Roma o Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, el cual fue actualizado y complementado por muchos protocolos.¹¹⁴

El mencionado Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su artículo 5 establece el derecho a la libertad y a la seguridad, en cuyo numeral 1, dispone que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento determinado por la ley, en cuyo inciso c) prevé el caso de la prisión preventiva en los términos siguientes:

Si ha sido detenido y encarcelado a fin de hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan razones plausibles para sospechar que ha cometido una infracción, o cuando haya motivos razonables para creer en la necesidad de impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.¹¹⁵

El numeral 3, parte segunda, del artículo 5, dispone que la puesta en libertad podrá estar condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en el juicio.¹¹⁶

El artículo 18 de dicho instrumento internacional, prevé que las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas.¹¹⁷ El siguiente artículo, 19, dispone que con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se instituye un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya competencia según el artículo 32, numeral 1, se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidas en las condiciones previstas en los artículos 33 (Estado imputa a otro Estado cualquier incumplimiento del Convenio y sus Protocolos); 34 (Legitimación activa de persona física, organización no gubernamental o grupo

¹¹³Torres Ugena, Nila, Textos normativos de derecho internacional público, 9ª edición, Thomson civitas, España, 2004, p. 1642.

¹¹⁴Hermida del Llano, Cristina, op. cit., p. 22.

¹¹⁵Torres Ugena, Nila, op. cit., p. 740.

¹¹⁶Ibidem, p. 741.

¹¹⁷Ibidem, p. 743 y 744.

de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos); y 47 (Opiniones consultivas a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos).¹¹⁸

Respecto a la fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias del Tribunal, el artículo 46 dispone que las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes; y la sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.¹¹⁹

Con relación al artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo estableció que el derecho a la libertad y a la seguridad es de titularidad universal, lo cual incluye a sujetos tan variados como a los menores de edad (*Bouamar C. Bélgica*, de 29 de febrero de 1988), los condenados por sentencia firme (*asunto Weeks c. Reino Unido*, de 2 de marzo de 1987) o los miembros de las fuerzas armadas (*asunto Engel c. Holanda*, de 8 de junio de 1976). Asimismo, el Tribunal ha sostenido que aunque el listado contenido en el numeral 1 del artículo 5 (casos de privación de la libertad) merece una interpretación restrictiva (*asuntos Engel c. Holanda* de 8 de junio de 1976 y *Ciulla c. Italia*, de 2 de febrero de 1989, entre otros), también ha admitido la licitud de supuestos ausentes en el mencionado listado (*asunto Witold Litwa c. Polonia*, de 4 de abril de 2000).¹²⁰

El Tribunal también ha reconocido que el supuesto de detención preventiva es de aplicación únicamente en el curso de un proceso de naturaleza penal (*Caso Jecius c. Lituania*, de 31 de julio de 2000 y *Wloch c. Polonia*, 19 de octubre de 2000), de manera que los cargos no se presenten en el momento de la comparecencia. La importancia de la finalidad de la medida, se puede alcanzar aportando medios de prueba en un momento posterior a la comparecencia (*asunto Brogan c. Reino Unido*, de 20 de noviembre de 1988, documento 8); sin embargo, la detención debe producirse siempre que existan indicios racionales de la culpabilidad del detenido, lo que obliga a las autoridades a aportar hechos o informaciones que permitan al órgano jurisdiccional valorar si existen indicios suficientes para acordar la detención (*asuntos Fox, Campbell y Hartley c. Reino Unido*, de 30 de agosto de 1990, *Murray c. Reino Unido*, de 28 de octubre de 1994 y *Elci c. Turquía*, de 13 de noviembre de 2003).¹²¹

En cuanto a los motivos que sustentan una orden de prisión provisional, el Tribunal ha reiterado la necesidad de que existan indicios razonables de la comisión de un delito, pero también ha requerido motivos adicionales que justifiquen

¹¹⁸Ibidem, pp. 744, 746 y 748.

¹¹⁹Ibidem, p. 748.

¹²⁰Sarmiento, Daniel, et al., *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, p. 15, (8 de marzo de 2012), disponible en: www.danielsarmiento.es/pdf/sentencias_basicas.pdf

¹²¹Ibidem, p. 16.

la decisión del juez, por lo que en su jurisprudencia ha considerado adecuado, entre otros motivos, el riesgo de fuga (caso Letellier c. Francia, de 26 de junio de 1991), el riesgo de alteración o destrucción de pruebas (caso Imre c. Hungría, de 2 de diciembre de 2003), el riesgo de reincidencia en la comisión del delito (caso Stogmuller c. Austria, de 10 de noviembre de 1969) o la protección de las víctimas o denunciantes (I. A. c. Francia, de 23 de septiembre de 1998).¹²²

El jurista alemán Kai Ambos destaca que en el período 2000-2003, son importantes los casos Lietzov, Schéps y García Alva, cuyas sentencias emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fueron en contra de Alemania, las cuales fijan, con base en el artículo 5 y el principio fundamental de armas previsto en el artículo 6, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, límites claros a la negación del derecho a examinar los autos de los inculpados que se encontraban en prisión provisional. Y resalta que en estos tres procesos, el Tribunal subrayó que el tribunal competente, independientemente de las exigencias procesales del derecho interno, *debe comprobar si la prisión provisional se basa en una sospecha razonable y si la causa de la prisión y de la ejecución de la misma son legales*.¹²³

En otro caso, el de Erdem, un turco y reconocido en Francia como refugiado político, fue detenido bajo la sospecha de pertenecer a una organización terrorista y haber cometido el delito de falsedad documental, cuyo proceso involucró a 18 personas por varios homicidios. La prisión provisional duró 5 años 11 meses, la que se justificó en siete decisiones para mantenerla, por la gravedad de los cargos, la magnitud de las penas que pudieran imponerse y el riesgo de fuga, además que en Alemania no tenía relaciones personales ni lugar de residencia. El turco fue condenado a 6 años de prisión por pertenecer a una organización terrorista.

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige para el mantenimiento de la prisión, en cada caso, indicios concretos de una necesidad real de interés público que prevalezcan sobre los derechos del acusado (presunción de inocencia, respeto a la libertad personal). La persistencia de una sospecha es conditio sine qua non para la legalidad del mantenimiento de la prisión, pero tras un cierto tiempo ya no es suficiente; los demás motivos aportados por las autoridades judiciales tendrían que demostrarse como relevantes y suficientes, y las autoridades nacionales tendrían que impulsar especialmente la continuación del procedimiento. La sentencia deja claro que la motivación de las autoridades judiciales aumenta con el tiempo transcurrido en prisión y que cada decisión sobre continuación de la prisión debe fundamentarse de nuevo.¹²⁴

¹²²Ibidem, p. 19.

¹²³Ambos, Kai, Principios del proceso penal europeo, Traductores Ana Beltrán Montoliu y Guillermo Orce, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005, pp. 37 y 38.

¹²⁴Ibidem, pp. 43 y 44.

Con respecto a la eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son meramente declarativas ya que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no lo faculta para revisar, revocar o modificar las decisiones de las autoridades jurisdiccionales de los Estados Parte. Javier Corcuera Atienza refiere que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos están dotadas más de autoridad de cosa interpretada que de autoridad de cosa juzgada.¹²⁵

En Alemania, es vinculante el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la interpretación que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al aprobarlo en términos del artículo 59 de la Ley Fundamental de Bonn. Tal compromiso internacional tiene rango de ley ordinaria federal que vincula a todos los poderes estatales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sólo puede constatar una violación del Convenio y en caso de que el derecho interno no sea suficiente para reparar el daño causado, puede reconocer una indemnización.¹²⁶ El Tribunal Constitucional Federal, desde 1985 admitió esa falta de eficacia directa de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo, pero reconoció que constituye una ayuda interpretativa para la fijación de los derechos y principios fundamentales del Estado de Derecho de la Ley Fundamental.¹²⁷

En España, el Convenio Europeo forma parte del derecho interno, con arreglo al artículo 96.1 constitucional. Los Tribunales Supremo y Constitucional españoles, han sostenido que el Tribunal Europeo no es una instancia superior con respecto a los órganos jurisdiccionales estatales, ya que dicho Tribunal es un órgano de tipo jurisdiccional internacional, no supranacional, porque no se ha ratificado una cesión de potestad jurisdiccional contemplada en el artículo 117 de la Constitución, para lo cual se deberían cumplir los requisitos contemplados en el artículo 93 del texto constitucional, previsto precisamente para la atribución a organizaciones internacionales del ejercicio de competencias soberanas derivadas de la Constitución.¹²⁸

Sin embargo, en el caso Barberá-Mesegué-Jabardo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó sentencia el 6 de diciembre de 1988 por la que declaró la violación del artículo 6.1 (derecho a un proceso justo y sus garantías) del Convenio Europeo, en el proceso penal seguido en contra de aquéllos por el asesinato del señor Bultó y otros delitos, por los que fueron condenados a prisión. Con base en la sentencia del Tribunal Europeo, los condenados solicitaron la nulidad al

¹²⁵Citado por Hermida del Llano, Cristina, op. cit., pp. 163 y 164.

¹²⁶Ambos, Kai, op. cit., pp. 18 y 19.

¹²⁷Ibidem, p. 20.

¹²⁸Garriga Domínguez, Ana, et al., La controvertida eficacia directa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Apuntes sobre el alcance de la violación del derecho a un proceso equitativo contemplado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las limitadas posibilidades de su restitución plena en el proceso español en relación con los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, p. 4, Informe el Tiempo de los Derechos, número 12, noviembre 2010, Universidad de Vigo, (8 de marzo de 2012), disponible en: www.tiempodelosderechos.es/docs/dic10/06.pdf

tribunal sentenciador (Audiencia Nacional), quien remitió el asunto por cuestión de competencia al Tribunal Supremo, el cual denegó la nulidad a través de la sentencia de 4 de abril de 1990, con base en el carácter declarativo de toda sentencia del Tribunal Europeo. Tal resolución se recurrió por medio del amparo, que el Tribunal Constitucional en su sentencia número 245/1991 resolvió en el sentido de que el carácter declarativo de las resoluciones del Tribunal Europeo y el Convenio Europeo no obliga a España a reconocer en su ordenamiento jurídico la fuerza ejecutoria directa de las decisiones de su Tribunal ni a introducir reformas legales que permitiesen la revisión de sentencias firmes como consecuencia de la declaración de violación de derechos reconocidos en el Convenio, no significaba:

que en el plano de nuestro sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales los poderes públicos hayan de permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el Convenio, ni que sea conforme a nuestro sistema constitucional el mantenimiento, por medio de la denegación de nulidad y la anulación de la suspensión de las condenas dictadas cautelarmente por la Audiencia Nacional, de una situación que puede implicar lesión actual de derechos fundamentales de los recurrentes con las garantías constitucionalmente exigibles.

...este Tribunal no puede sustraerse de conocer la alegada infracción del derecho a un proceso justo con todas las garantías, dado que se trata de un derecho fundamental protegible en amparo, y la vulneración del derecho fundamental sólo es susceptible de reparación efectiva mediante la pérdida de efectos de la decisión judicial condenatoria de origen.¹²⁹

El magistrado Gimeno Sendra en su voto particular refirió que esta sentencia es el tercer supuesto de ejecución de una sentencia de dicho tribunal, con la particularidad de que dicha ejecución se realiza, sin ninguna reforma legislativa previa o, lo que es lo mismo, somos el primer Tribunal Constitucional europeo que ha procedido de facto a ejecutar una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mediante la anulación de sentencias de nuestro Poder Judicial.¹³⁰

La tesis contenida en la controvertida sentencia ha sido matizada, limitada a casos excepcionales.

XII. TOMA DE POSICIÓN

Consideramos que los derechos humanos son principios, valores o bienes de la especie humana, derivados del grado de civilización que ha alcanzado, que al ser positivizados en las Constituciones de los diversos países adquieren el rango de derechos fundamentales, por contenerse en el documento fundacional de la organización política, jurídica, económica, etc., de un país, los cuales permiten crear

¹²⁹Ibidem, pp. 14 y 17.

¹³⁰Ibidem, p. 14.

las condiciones mínimas requeridas para el desarrollo de todos y cada uno de los miembros de los cuerpos sociales, en todas sus manifestaciones en sociedad que le hacen asequible vivir con dignidad dentro de la misma, pero tales derechos para que tengan eficacia deben estar garantizados por otros derechos de igual rango; es decir, derechos fundamentales de índole procesal; y por mecanismos jurídicos e instituciones nacionales de última decisión, o sea, de control constitucional, que constituyen sus garantías.

Asimismo, estos principios, valores o bienes de la especie humana, debido a su desdén y socavación por ideologías que provocaron dos guerras mundiales en la primera mitad del siglo XX, se han expandido mundial y regionalmente por el impulso de los mismos países al crear organismos internacionales que tutelan de manera subsidiaria los derechos humanos, mediante la producción de instrumentos jurídicos internacionales (Tratados, convenciones, protocolos, etc.) que consagran derechos humanos sustantivos y procesales, y crean instancias internacionales, con lo cual conforman varios sistemas jurídicos internacionales especializados en derechos humanos (sistema americano y sistema europeo, por ejemplo), cuyas sentencias de tales instancias internacionales son vinculatorias para los Estados Parte respecto al cumplimiento de las mismas y tienen una función de control convencional. Estos derechos fundamentales humanos previstos en las Constituciones o en los Tratados, no son absolutos sino relativos, en virtud de que si se actualizan ciertos casos y condiciones; o sea, exigencias, presupuestos y requisitos constitucionales (incluso legales en algunos países) o convencionales, pueden ser restringidos por la autoridad, pero no al grado de sobrepasar o suprimir el núcleo de cada uno de ellos, en aras de la paz y tranquilidad sociales en un país, en un hemisferio y en el mundo.

Con respecto a México, aunque firmó Tratados internacionales en materia de derechos humanos después de la primera guerra mundial, con vigencia anterior y posterior a la Segunda Guerra Mundial, no le dio la dimensión que tienen actualmente, lo cual se advierte por la falta de instrumentos jurídicos internos que les dieran operatividad o de reformas que armonizaran y engarzaran la legislación nacional con la internacional. Otro dato que nos revela la importancia baladí dada a los derechos humanos contenidos en los Tratados internacionales, fue la tradición de separar la Constitución y Leyes Federales de los Tratados Internacionales, aunque todos formasen las leyes supremas de toda la unión, según el artículo 133 constitucional, lo cual estimamos obedeció a una postura nacionalista en la que prevaleció la supremacía de la legislación nacional sobre la internacional, aunque ya ésta formara parte de la nacional. Es decir, esta postura nacionalista se advierte en el ámbito público y privado; en el público, las sentencias de todos los jueces de México, desde los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta las autoridades judiciales más recónditas del norte y sur, este y oeste del país, nunca hicieron valer los derechos humanos previstos en los Tratados internacionales, asimismo en los actos de autoridad y resoluciones del poder ejecutivo y en la producción normativa del poder legislativo; en el ámbito priva-

do, los abogados postulantes, las academias, barras de abogados e institutos no hacían valer los derechos humanos previstos en los Tratados internacionales, ni elaboraban doctrina acerca de ellos, salvo honrosas excepciones. En una palabra, no teníamos una cultura de los derechos humanos, ni de los previstos en la Constitución ni de los establecidos en los Tratados internacionales, tan es así que en las universidades del país, incluida la Universidad Nacional Autónoma de México, no estaban previstas asignaturas relativas a los derechos humanos, en el plano nacional e internacional, en los programas de las facultades de derecho; inclusive a la fecha, no existe una o varias materias que abarquen el estudio de los derechos humanos contenidos en los Tratados internacionales en los que México es Parte, ni tampoco en torno al sistema interamericano y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pese a que desde 1980 México suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en vigor al siguiente año, pero sin el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual aconteció hace más de una década, en 1999.

La reforma al artículo 1° constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, le dio el impulso a los derechos humanos, contenidos en los Tratados internacionales de los que México es Parte, que durante muchas décadas se les había negado. La Suprema Corte de Justicia y algún Tribunal Colegiado de Circuito, muy pocos años antes de la precitada reforma constitucional le abrieron paso a los derechos humanos para ser protegidos mediante el juicio de amparo, con el objeto de darle congruencia a la jerarquía normativa que a los Tratados les otorgaron, pues si el amparo procedía contra actos de autoridad y leyes federales y locales, con mayor razón por la posible violación de derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales de mayor jerarquía, aunque supeditaron la procedencia del amparo a la violación de garantías individuales que implicara a su vez violación de derechos humanos.

Esta supeditación actualmente es imposible, ya que por virtud de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de 6 de junio de 2011, precisamente a los artículos 103 y 107, entre otros, el amparo es procedente no solamente en contra de normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución, sino en contra de normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y garantías otorgadas por los Tratados internacionales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*, dictó sentencia el 23 de noviembre de 2009, por medio de la cual declaró la responsabilidad del Estado mexicano de la violación de los derechos a la libertad personal, integridad personal, reconocimiento de la personalidad jurídica y vida en perjuicio del señor Rosendo Padilla Pacheco, previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Dicha Corte por unanimidad,

en su resolutivo 10, dispuso que el Estado *deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 337 a 442 de la presente sentencia*.¹³¹

En los párrafos enumerados, se sostiene lo siguiente: **La interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana...** El poder judicial debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este tribunal.¹³²

Asimismo, dicha Corte en su párrafo 341 consideró lo siguiente: No es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...¹³³

En la referida sentencia, se aludió de manera implícita, del Estado mexicano, al poder legislativo, para que realice las reformas relativas al artículo 57 del Código de Justicia Militar; y en forma expresa en el texto, pero no en los resolutivos; al poder judicial, para que realice un control de convencionalidad con base en la Convención Americana y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y dicho sea de paso, le anunció al Poder reformador que puede ordenarle la modificación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En cuanto al cumplimiento de la precitada sentencia, dispuso la Corte Interamericana en su resolutivo 18 lo siguiente: La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. El Estado deberá, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta sentencia, rendir al tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.¹³⁴

¹³¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, Página principal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (26 de marzo de 2012), disponible en: <http://www.corteidh.or.cr>

¹³²Idem.

¹³³Idem.

¹³⁴Idem.

Como en nuestro país quien tenía la última palabra en las decisiones jurídicas era la Suprema Corte de Justicia, no se cuenta con una normativa que instrumentalice el cumplimiento de las sentencias de organismos internacionales. En este contexto, la Suprema Corte de Justicia en su sesión pública ordinaria número 92 de 31 de agosto de 2010, respecto al expediente varios 489/2010 formado con motivo de la consulta a trámite formulada por el ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, respecto al trámite y las medidas que deben seguirse por el Poder Judicial de la Federación para atender una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que fue precisamente la dictada en el caso Radilla Pacheco, en el acta de dicha sesión, en su página 7, se menciona que la embajada de México en Costa Rica (sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), recibió la notificación de la sentencia el trece de diciembre de 2009.

Del expediente varios 489/2010 se derivó el expediente 912/2010, el cual fue analizado en diversas sesiones por el Pleno de la Suprema Corte durante el mes de julio de 2011 y lo resolvió, aprobándose hasta el mes de diciembre de 2011 la publicación de varias tesis aisladas que quedaron señaladas en el Capítulo IV.

En resumen, por lo que respecta al cumplimiento de la mencionada sentencia por el Poder Judicial Federal, en su ámbito de competencia, a partir de la notificación de la sentencia tardó 19 meses, o sea, un 1 año con siete meses, en pronunciarse en el sentido de reproducir el contenido de la sentencia, pero con un matiz consistente en que el control de convencionalidad se realizaría dentro de un control difuso de constitucionalidad, lo que implica un control del control, o sea, la Constitución sobre la Convención Americana de Derechos Humanos y otras convenciones o Tratados de la misma materia; lo que se confirma con una de las mencionadas tesis aisladas del Pleno de la Corte al señalar que los mandatos contenidos en el artículo 1° constitucional, deben interpretarse junto con lo establecido en el artículo 133 constitucional, para determinar el marco dentro del cual debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, *el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país*.

Por lo que hace al Poder Legislativo Federal, han transcurrido de la notificación de la sentencia a la fecha 2 años con tres meses sin que se haya reformado el artículo 57 del Código de Justicia Militar.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la supervisión del cumplimiento de la sentencia, ha emitido dos resoluciones: la primera el 19 de mayo y la segunda 1° de diciembre, ambas de 2011; en dichas resoluciones, si bien se reconocen los esfuerzos realizados, se declara que está pendiente de cumplir la reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar, entre otras condenas¹³⁵

¹³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Página principal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de marzo de 2012), disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/supervision.cfm>

Ahora bien, la reforma a la denominación del Capítulo I del Título Primero, y del artículo 1, ambos de la Constitución, según los dictámenes de las Cámaras del Congreso de la Unión, tuvieron el objeto de distinguir entre derechos humanos y garantías, incorporar en la Constitución los derechos humanos contenidos en los Tratados, crear un régimen de protección para ellos con obligaciones de respeto por parte de todas las autoridades y aplicación de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad y pro homine, por lo que la única diferencia de los derechos humanos previstos en la Constitución y en los Tratados es su fuente.

En esta precisión de diferencia, la de su origen o fuente, radica la posibilidad de distinguir entre Constitución y Tratados; es decir, implica que estos últimos no se constitucionalizaron o se pusieron al nivel jerárquico de la Constitución, sino solamente los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales en los que México es parte, tan es así que el Poder Revisor no reformó los artículos 105, fracción II, incisos b) y g); 107, fracción VIII, inciso a); y 133 constitucionales, en los que se prevé que la acción de inconstitucionalidad procede en contra de Tratados internacionales, con legitimación para promoverla tanto los miembros del senado que integren el 33% como la Comisión Nacional de Derechos Humanos cuando vulneren derechos humanos consagrados en la Constitución y en los Tratados internacionales; el juicio de amparo procede en contra de Tratados internacionales (normas generales) y se otorga el recurso de revisión en contra de sentencias de jueces de Distrito y Tribunales Unitarios de Circuito, cuando subsista el problema de constitucionalidad en el juicio de amparo; y la supremacía constitucional, respectivamente.

Inclusive, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia sostiene en jurisprudencia, previa a la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, que los Tratados internacionales son normas generales y, por tanto, son impugnables en controversia constitucional.¹³⁶

Adicionalmente, debemos señalar que existen otros problemas desde el punto de vista del derecho internacional público y constitucional que impiden otorgarle a los Tratados internacionales en materia de derechos humanos una jerarquía supraconstitucional o constitucional; lo cual, se revela en las razones contenidas en los rubros siguientes:

¹³⁶TRATADOS INTERNACIONALES. SON NORMAS GENERALES Y, POR TANTO, SON IMPUGNABLES EN CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL (Jurisprudencia), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, septiembre de 2004, Tesis: P./J.84/2004, página 1258, (Precedentes: Controversia constitucional 33/2002. Jefe de Gobierno del Distrito Federal. 29 de junio de 2004. Unanimidad de nueve votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Martha Elba Hurtado Ferrer. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy treinta y uno de agosto en curso, aprobó, con el número 84/2004, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a treinta y uno de agosto de dos mil cuatro).

- **Marco normativo.** En el derecho internacional público, el marco normativo regulador de los Tratados es la Convención de Viena, en cuyo artículo 1, dispone que ésta se aplica a los Tratados entre Estados. En nuestro derecho constitucional, el marco normativo regulador de todo el sistema jurídico es la Constitución, en cuyo artículo 133 está consagrado el principio de supremacía constitucional.

Esta diferencia nos permite afirmar que la Convención de Viena no tiene el alcance de constitucionalizar los Tratados; ni la Constitución de constitucionalizar los Tratados ni el marco normativo de éstos. La Convención de Viena tiene una fuerza jurídica centrípeta, al desplazar los Tratados al centro de la fuerza normativa de los Estados, o sea, a la Constitución de cada uno de ellos, pero sin mezclar los Tratados con la Constitución; en cambio, nuestra Constitución tiene una fuerza centrífuga que proyecta o irradia sus componentes (principios, valores, bienes, organización política, económica.) a todo su sistema jurídico, incluyendo a los Tratados internacionales.

Estas fuerzas jurídicas se equilibran con sus propios mecanismos legales; en el derecho internacional público, al celebrarse el Tratado con la reserva, que consiste según el artículo 2, numeral 1, inciso d), de la Convención de Viena, en una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado. Y para terminar los efectos del tratado, están previstos en la Convención de Viena, la denuncia, el retiro y la suspensión, en sus artículos 44 numeral 1, y 56. Nuestra Constitución, en los artículos 89, fracción X y 76, fracción I, párrafo segundo, le otorga al Presidente de la República no solamente la facultad de aprobar los Tratados y convenciones diplomáticas sino las de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas de los mismos; y al Senado de la República, la facultad de aprobar tales decisiones del Presidente de la República, respectivamente.

Inclusive, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 75 y 78 prevé la reserva a sus disposiciones y la denuncia de la Convención. Lo anterior, nos permite afirmar que los Tratados y los relativos a los derechos humanos no están por encima de nuestra Constitución, tampoco al nivel jerárquico de ella, ya que el hecho de que el Presidente de la República decida desvincular a México de los Tratados y el Senado apruebe tal decisión, revela un acto de soberanía, por lo que ésta no ha sido desplazada por la supuesta soberanía supranacional, ni la Constitución por los Tratados o por el llamado derecho convencional.

- **Procedimiento de reforma.** La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 39 establece la facultad de los Estados parte para enmendar un tratado; y en su artículo siguiente, contempla las reglas para la enmienda de los Tratados multilaterales. En nuestra Constitución, el artículo 135 prevé las reglas para que el poder reformador pueda hacer adiciones o reformas a la misma.

Si partimos del supuesto de que los Tratados internacionales, incluidos los que contienen derechos humanos, están por encima de nuestra Constitución, debemos inferir entonces que los Estados Parte pueden modificar o reformar la constitución de cualquiera de ellos, pero esto sería una inconsecuencia toda vez que la Convención de Viena no les otorga tal facultad a los Estados miembros, ni nuestra Constitución prevé la posibilidad de ceder la facultad del poder reformador a los Estados Parte de algún Tratado. En el supuesto de que se considere que los Tratados que contienen derechos humanos están en el mismo nivel jerárquico de nuestra Constitución, entonces el poder reformador podría modificar los Tratados al estar contenidos o formar parte de la Constitución, lo cual también es una inconsecuencia, ya que ni la Convención de Viena ni nuestra Constitución le otorgan esa facultad al poder reformador mexicano.

Adicionalmente, podemos aseverar que en términos de los artículos 89, fracción X y 76, fracción I, párrafo segundo, constitucionales, los que intervienen en la celebración de un Tratado y su aprobación son el Poder Ejecutivo y la Cámara de Senadores, respectivamente; mientras que para adicionar o reformar la Constitución, según su artículo 135, intervienen el Congreso de la Unión (Cámara de Diputados y Cámara de Senadores) y las Legislaturas de los Estados. En este contexto, si de acuerdo al artículo 135 constitucional, las adiciones o reformas llegan a ser parte de la Constitución, el pretender que los Tratados en materia de derechos humanos sean parte de la misma y con la misma supremacía, es violentar el artículo 135 constitucional, ya que la adición o reforma al artículo 1º de la Constitución, no consistiría en agregar algo que le faltara o modificar algo caduco para actualizarla, sino que consistiría en la introducción de uno o varios instrumentos internacionales en la Constitución, es decir, en la introducción de normas jurídicas generales que están en vigor; lo cual también violenta el artículo 133 constitucional, toda vez que al introducir los Tratados internacionales en la Constitución como parte de la misma, tienen el efecto de compartir su supremacía en el mismo nivel con los Tratados internacionales, con lo cual se hace nugatorio el principio de supremacía constitucional.

En otras palabras, la interpretación de que los Tratados internacionales en materia de derechos humanos forman parte de la Constitución, es un subterfugio para constitucionalizar instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y crear con ello supuestamente un bloque de constitucionalidad, lo que encierra una contradicción ya que dicho bloque implica un conjunto de instrumentos jurídicos singulares, autónomos e independientes, lo cual no acontece si con la reforma al artículo 1º constitucional los Tratados internacionales en materia de derechos humanos, pasaron a formar parte de la Constitución según el artículo 135 constitucional, como un injerto en su corpus, con lo cual pierden su singularidad, autonomía e independencia, lo que impide hablar de un bloque de constitucionalidad.

• **Restricción de derechos humanos.** La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no prevé la posibilidad que en los Tratados se restrinjan derechos humanos. La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en su preámbulo señala que la protección internacional de los derechos del hombre, de naturaleza convencional, es coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos.¹³⁷ Esta Convención, por ejemplo, tratándose de la libertad personal, prohíbe privar de dicha libertad física, excepto por las causas y en las condiciones establecidas previamente en las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas; es decir, la restricción del derecho a la libertad física debe estar prevista en la legislación nacional de los Estados Parte, lo que significa que la disposición internacional en comento, al remitir la restricción de la libertad física a la legislación nacional no se superpone a ésta sino que le reconoce primacía.

No obstante esta primacía de la legislación nacional de los Estados Parte en materia de restricciones al derecho de la libertad física, la misma Convención establece en su artículo 30 el alcance de las restricciones, de la manera siguiente:

*Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.*¹³⁸

El anterior texto internacional acota las restricciones del goce y ejercicio de los derechos y libertades, como es el derecho a la libertad física, de conformidad a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Ahora bien, con respecto a la expresión leyes del anterior enunciado internacional, como ya vimos la Corte Interamericana en la consulta que le formuló la República Oriental de Uruguay la interpretó en el sentido de que se refiere a una ley formal, o sea, expedida por el poder legislativo o parlamento y promulgada por el poder ejecutivo, de acuerdo al procedimiento establecido en la Constitución o derecho interno.

De lo anterior, desprendemos que la restricción de los derechos humanos debe estar en las constituciones o en las leyes de los Estados Parte dictadas conforme a ellas; pero el alcance de dichas restricciones se acota a las que se establezcan en las leyes formales, lo que significa que no tiene el alcance hasta las restricciones previstas en las constituciones, lo cual evidencia la supremacía de las constituciones en relación con la Convención Americana sobre derechos Humanos; y por otra parte, revela la naturaleza de ésta de coadyuvar o complementar el alcance de las restricciones en el supuesto de que las constituciones no prevean

¹³⁷Secretaría de Relaciones Exteriores, Página principal de la Secretaría de Relaciones Exteriores (27 de marzo de 2012), disponible en: <http://www.sre.gob.mx/tratados/index.php>

¹³⁸Idem.

de manera suficiente los casos y condiciones para poder restringir los derechos humanos, sujetando dichas leyes restrictivas a que sean dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Es importante recordar el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia de 21 de noviembre de 2007, además de fijar el concepto de libertad y seguridad en su párrafo 52, señaló en su párrafo 145, los límites de la restricción de la libertad personal o deambulatoria, en el sentido de que la presunción de inocencia es una garantía judicial y de lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá *el desarrollo del procedimiento ni eludir la acción de la justicia*, por lo que en ese sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.¹³⁹

Es decir, los límites de la restricción de la libertad personal o deambulatoria, por medio de la prisión preventiva, son el asegurar que el detenido no obstaculice el desarrollo del procedimiento ni eluda la acción de la justicia; de manera que, el Estado tiene prohibido restringir la libertad, a través de la prisión preventiva, más allá de dichos límites.

Ahora bien, en nuestro derecho interno la supremacía constitucional sobre la Convención Americana también queda intocada, habida cuenta de que nuestra Constitución desde 1917 tiene su sistema de restricción de derechos fundamentales o humanos, previsto en su artículo 1°, el cual quedó intacto con la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, cuya fórmula estriba en que no podrán restringirse el ejercicio de los derechos humanos y sus garantías, previstos en la Constitución y en los Tratados internacionales, salvo en los casos y bajo las condiciones que dicha Constitución establece. De esta fórmula se advierten los aspectos siguientes:

Los derechos humanos y sus garantías previstos en la Constitución, solamente podrán ser restringidos en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece; y los derechos humanos y sus garantías previstos en los Tratados internacionales, solamente podrán ser restringidos en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece. Esto significa que la Constitución tiene supremacía sobre la Convención Americana de Derechos Humanos y demás Tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Además, el sistema de restricciones previsto en el artículo 1° constitucional es completo; por tanto, no requiere que sea coadyuvado o complementado con la Convención Americana sobre Derechos Humanos; inclusive, dicho sistema

¹³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Página principal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (10 de enero de 2012), disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

constitucional de restricciones es más protector como lo advertimos en el Capítulo II, al señalar que de acuerdo a la exposición de motivos y discusión en el Congreso Constituyente de 1917 en torno al artículo 1º constitucional, tal sistema constituye el basamento de nuestra Constitución, el cual está integrado por cuatro principios constitucionales:

1. El deber de la autoridad de garantizar el goce de los derechos fundamentales;
2. La prohibición de restringir la protección de los derechos fundamentales;
3. Los titulares de los derechos fundamentales tienen derecho a gozar de éstos en la extensión concedida en la propia Constitución y dentro de los límites o restricciones impuestos por el Poder Constituyente; y
4. El respeto más amplio a la libertad humana.

El primer principio es de carácter positivo y lo debe aplicar toda autoridad, incluido el Poder Reformador. El segundo principio es de carácter negativo y debe cumplirlo toda autoridad, incluido el Poder Reformador. El tercer principio tiene derecho a ejercerlo los titulares de los derechos fundamentales en la amplitud concedida en la Constitución y dentro de los límites impuestos por el Poder Constituyente. Y el cuarto principio debe observarlo toda autoridad, también incluido el Poder Reformador, toda vez que si es el único Poder al que se le otorgó la facultad de reformar o adicionar la Constitución, en términos del artículo 135 constitucional, ello no significa que al ejercerla puede soslayar el respeto más amplio a la libertad humana, pues si lo hiciera esa facultad se ejercería en exceso y con ello pugnaría con el primero y segundo de los principios constitucionales, al restringir más aún los derechos fundamentales que restringió el Poder Constituyente y con lo cual también incumpliría con el principio del respeto más amplio posible a la libertad humana.

De estos cuatro principios constitucionales, la reforma constitucional al artículo 1º publicada en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, develó dos de ellos, el relativo al respeto más amplio a los derechos humanos, entre ellos el de la libertad sobre el cual se erigió la Constitución de 1917 y el deber de la autoridad de garantizar su ejercicio, pero siguen estando vigentes los otros dos: la prohibición de restringir la protección de los derechos fundamentales más allá de lo que lo hizo el Poder Constituyente; y el que los titulares de los derechos fundamentales tienen derecho a gozar de éstos en la extensión concedida en la propia Constitución y dentro de los límites o restricciones impuestos por el Poder Constituyente.

En resumen, mientras la Convención Americana permite que los derechos humanos se restrinjan en las leyes formales, nuestra Constitución solamente permite que se restrinjan en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece, lo cual constituye un sistema más estricto y más garantista, dado que no permite que el Congreso de la Unión, ni el Poder Reformador restrinjan más aún las restricciones impuestas por el Poder Constituyente. Por consiguiente, nuestra Constitución no requiere que sea coadyuvada ni complementada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos; por tanto, no puede existir la supremacía de una Convención que es menos garantista que nuestra Constitución. La Supremacía de nuestra Constitución con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás Tratados que contienen derechos humanos, se reitera de conformidad con el artículo 1º constitucional, al señalar que el ejercicio de los derechos humanos y sus garantías reconocidos en los Tratados internacionales de los que el Estado mexicano es Parte, no podrá restringirse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece; es decir, un derecho humano contenido en un tratado internacional en el que México sea Parte, puede nacer restringido por virtud de la restricción impuesta en la Constitución de 1917; y en ese supuesto se debe hacer la reserva respectiva. Y en su caso, combatir la restricción convencional a través de los medios de control constitucional mencionados.

En el Capítulo XI, expusimos la regulación de la restricción del derecho humano de la libertad personal o deambulatoria por medio de la prisión preventiva, prevista en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sistema europeo, la Convención establece como fines de la prisión preventiva *que el detenido comparezca ante la autoridad judicial competente, cuando haya motivos razonables para creer en la necesidad de impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia ha considerado adecuado, el riesgo de fuga, el riesgo de alteración o destrucción de pruebas, el riesgo de reincidencia en la comisión del delito o la protección de las víctimas o denunciantes. La Convención señala dos fines de la prisión preventiva, mientras que el Tribunal cuatro fines.*

En cambio, la Convención Americana sobre Derechos Humanos no prevé los fines de la prisión preventiva sino remite a las Constituciones y leyes de los Estados Parte; sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador, al interpretar el artículo 8.2 de la Convención, se pronunció en el sentido de que de éste artículo se derivan como límites de la restricción de la libertad, por medio de la prisión preventiva, *el asegurar que el detenido no impida el desarrollo del procedimiento ni eluda la acción de la justicia*, por lo que el Estado tiene prohibido restringir la libertad a través de la prisión preventiva más allá de dichos límites.

Comparando los sistemas europeo e interamericano en cuanto a las restricciones del derecho humano relativo a la libertad personal o deambulatoria, por medio de la prisión preventiva, es más garantista el interamericano, mejor dicho la interpretación hecha por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora compararemos dicho sistema interamericano con el previsto en nuestra Constitución. El texto original del artículo 19 de la Constitución de 1917, no previó fines de la prisión preventiva; hasta la reforma constitucional publicada en el Diario de la Federación de 18 de junio de 2008, se establecieron los fines de la prisión preventiva de manera explícita: en la prisión preventiva a solicitud del ministerio público y cuando no sean suficientes otras medidas cautelares, las finalidades son *garantizar la comparecencia del imputado en el juicio; el desarrollo de la investigación; la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; y en forma no explícita, cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.*

En la prisión preventiva de oficio, en los casos de *delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.*

Y la prisión preventiva por revocación de la libertad de los vinculados a proceso, en los casos que determine la ley.

Como podemos apreciar, en nuestro sistema constitucional tenemos tres fines de la prisión preventiva explícitos en relación con el proceso y el juicio; dos motivos relacionados con supuesta reincidencia; ocho motivos para la prisión preventiva relacionados con la gravedad del delito y el impacto social; y un motivo por algún incumplimiento previsto en la ley, que revoca la libertad. En total catorce supuestos para ordenar la prisión preventiva.

Con este universo de motivos para la prisión preventiva, evidentemente la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es mucho más benigna.

Sin embargo, con respecto a la restricción del derecho fundamental humano relativo a la libertad personal o deambulatoria, por medio de la prisión preventiva, insertada a través de la reforma constitucional al artículo 19, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, consideramos que existe una colisión constitucional entre los principios de la libertad deambulatoria y el de sus restricciones por medio de la prisión preventiva.

Colisión que se encuentra en tres niveles: En el de la incompetencia del Poder Reformador para restringir derechos fundamentales, como la libertad personal o deambulatoria, por medio de la prisión preventiva; en el de la incompe-

tencia del Congreso de la Unión y de las Legislaturas Locales, en sus respectivos ámbitos de competencia, para legislar restricciones a los derechos fundamentales, como en el de la libertad personal o deambulatoria, por medio de la prisión preventiva, a pesar de contar con una supuesta delegación constitucional otorgada por el Poder Reformador; y en el tercer nivel, en el supuesto de que el Poder Reformador tenga facultades constitucionales para restringir derechos fundamentales, como la libertad personal o deambulatoria, por medio de la prisión preventiva, vía adición y reforma constitucional, realizadas al artículo 19, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008.

Estimamos también que de los tres niveles de colisión constitucional mencionados, el primero y el segundo tienen como fuente directa la incompetencia, mientras que el tercer nivel tiene como fuente directa la restricción de derechos fundamentales, concretamente el de la libertad personal o deambulatoria, por medio de la prisión preventiva. En efecto, toda vez que el artículo 1º constitucional prohíbe restringir los derechos fundamentales humanos, salvo en los casos y en las condiciones que la propia Constitución establece; y pese a ello, la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, concretamente del artículo 19, no previó los casos y las condiciones para restringir la libertad personal por medio de la prisión preventiva, sino solamente fines explícitos de ésta, fines no explícitos, motivos de potencial reincidencia, de delitos graves y de impacto social, así como la revocación de la libertad personal.

A pesar de la supremacía de la Constitución sobre la Convención, debemos preguntarnos ¿Cuál restricción a la libertad personal o deambulatoria por medio de la prisión preventiva debe prevalecer, la prevista en el artículo 19 constitucional o la que deriva la Corte Interamericana de Derechos Humanos del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por medio de su interpretación, en atención al principio pro homine previsto en el párrafo segundo del artículo 1º constitucional?

Nuestra respuesta es que debe prevalecer la prevista en el artículo 19 constitucional, pese a la colisión constitucional que representa, en mérito a las razones expuestas con antelación respecto a la supremacía constitucional por encima de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales sobre la materia. Adicionalmente, porque la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a la interpretación del artículo 8.2 de la Convención Americana, no es vinculante para México dado que en los casos en los que la pronunció nuestro país no fue parte, aunque sí es un criterio orientador más benéfico para las personas.

En la propia Convención Americana Sobre Derechos Humanos, no existe norma alguna que autorice aplicar su sistema de restricciones a la libertad personal o deambulatoria por medio de la prisión preventiva, de manera preferente al sistema de restricciones previsto en las Constituciones de los Estados Parte.

No es óbice a nuestras anteriores afirmaciones, el principio de progresividad contemplado en el párrafo tercero del artículo 1º constitucional reformado, consistente en la obligación del Estado de procurar todos los medios posibles para la satisfacción de los derechos humanos en cada momento histórico y la prohibición de cualquier retroceso o involución en esta tarea. Ciertamente, toda vez que la reforma al artículo 19 constitucional, que amplió las restricciones, se publicó en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008; y la reforma al artículo 1º constitucional se publicó en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011. Si aplicamos en forma retroactiva esta última reforma constitucional a la mencionada del 2008, lo cual podríamos hacerlo ya que beneficia a los procesados en prisión preventiva, puesto que la libertad personal restringida por la prisión preventiva no puede retroceder o involucionar; en efecto, tal prohibición la incumplió el Poder Reformador en la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, al multiplicar los fines y motivos de la y para la prisión preventiva, lo cual constituye un retroceso o involución en el principio de la restricción de la libertad personal por medio de la prisión preventiva; por tanto, el principio de progresividad no resuelve la colisión constitucional mencionada, toda vez que la restricción a la libertad personal por medio de la prisión preventiva, continúa sin prever en la Constitución los casos y las condiciones para que proceda. El principio de progresividad, revela otro de los principios que hemos sostenido son pilares del artículo 1º constitucional y de nuestra Constitución desde 1917, consistente en la prohibición de restringir los derechos fundamentales, entre ellos la libertad personal por medio de la prisión preventiva, más allá de los casos y condiciones establecidos en la Constitución por el Poder Constituyente.

El Poder Constituyente en su texto original del artículo 18, no señaló ningún fin explícito de la prisión preventiva, al disponer: *Sólo por delito que merezca penal corporal habrá lugar a prisión preventiva...*. Restricción que podría cesar mediante el derecho fundamental del acusado, consistente en la exhibición de una fianza, en términos del artículo 20, fracción I, constitucional, siempre que el delito no mereciera ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión. Pero como no podía determinarse esa pena antes de dictarse sentencia, la propuesta del defensor particular Lic. Víctor Velásquez en varias causas la aceptó la Corte, relativa a que la libertad bajo fianza debería concederse atendiendo al término medio aritmético de la pena.¹⁴⁰ Esta propuesta se constitucionalizó en la primera reforma al artículo 20, fracción I, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 2 de diciembre de 1948. La propuesta constitucionalizada, se modificó en la tercera reforma a dicho precepto constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 3 de septiembre de 1993, por la gravedad del delito, de manera que la libertad bajo fianza quedó supeditada a que no fuera grave el delito. En la cuarta reforma, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 3 de julio de 1996, subsistió la gravedad del delito, y se restringió más la libertad personal ya que

¹⁴⁰ Zamora Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, 4ª, Porrúa, México, 1990, pp. 176 y 177.

tratándose de delitos no graves tampoco se podía otorgar bajo fianza, cuando el inculpado hubiese sido condenado con anterioridad por delito grave o cuando existan elementos para establecer que la libertad del inculpado representa por su conducta precedente o circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad. A partir de la cuarta reforma constitucional, se empezó a ensanchar la restricción de la libertad personal por medio de la prisión preventiva, en contravención al principio que sostenemos está previsto desde 1917 en el artículo 1º constitucional, relativo a que el Poder Reformador no puede restringir la libertad personal más allá de lo que lo hizo el Poder Constituyente, actualmente denominado principio de progresividad, insertado en el párrafo tercero de dicho artículo por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.

La reforma al artículo 19 constitucional de 18 de junio de 2008, señaló fines de la prisión preventiva y multiplicó los motivos para solicitarla y ordenarla, pero desafortunadamente no plasmó los casos y condiciones para restringir la libertad personal por medio de la prisión preventiva. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, remite a la Constitución de cada Estado Parte o a la ley. A la fecha, en nuestro país no se han establecidos en la ley los casos y condiciones que permitan operar los fines y motivos de la prisión preventiva para restringir la libertad personal, los cuales categóricamente deben estar en la Constitución, por así ordenarlo el párrafo primero del artículo 1º constitucional.

En este contexto, nos queda confrontar las restricciones establecidas en el artículo 19 de la Constitución y las restricciones previstas en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para empezar, ambos instrumentos jurídicos no contemplan los casos y condiciones para restringir la libertad personal por medio de la prisión preventiva, pero nuestra Constitución sí contempla expresamente los fines de la prisión preventiva y motivos de una política criminal de contención criminal, para pedirla y ordenarla, con lo cual está lejos de ser complementada y menos de que sea coadyuvada por la Convención Americana. Bajo estas circunstancias, la Convención Americana sobre Derechos Humanos no es factible que sea subsidiaria de la Constitución, ya que también carece de los casos y condiciones para restringir la libertad personal por medio de la prisión preventiva, por la sencilla razón de que dicha Convención en su artículo 7, párrafo 2, dispone que *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas*.¹⁴¹ Por consiguiente, la cuestión que ahora surge es ¿Cuáles fines de la prisión preventiva deben prevalecer, los de la Constitución o los de la Convención?

¹⁴¹Secretaría de Relaciones Exteriores, Página principal de la Secretaría de Relaciones Exteriores (3 de abril de 2012), disponible desde: <http://www.sre.gob.mx/tratados/index.php>

En términos del artículo 1º, párrafo primero, constitucional, el ejercicio de los derechos humanos y garantías reconocidos en la Constitución y en los Tratados internacionales, no podrá restringirse salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece.

Esto significa que tendremos que aplicar el sistema de restricciones previsto en el artículo 1º constitucional desde 1917.

Ahora bien, debemos señalar que el Poder Reformador precisó algunas finalidades en forma explícita de la prisión preventiva: garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, testigos o comunidad. Estas finalidades se sustentan en un fin constitucionalmente legítimo que es esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen, que corresponde al objeto del proceso penal acusatorio y oral consagrado como uno de sus principios generales en el artículo 20, apartado A, fracción I, de nuestra Carta Magna; y como derechos fundamentales de la víctima, testigo, comunidad y de todos los intervengan en el proceso penal, según lo disponen los artículos 19, párrafo segundo; y 20, apartado C), fracciones IV y V, párrafo segundo, constitucionales.

El Poder Reformador, aunque señaló las mencionadas finalidades explícitas de la prisión preventiva, no contempló los casos para restringir la libertad deambulatoria o personal en la Constitución, ni tampoco las condiciones que exige el artículo 1, párrafo primero, constitucional.

En este sentido, deben prevalecer las finalidades constitucionales explícitas de la prisión preventiva, en la inteligencia de que las mismas carecen de los casos y condiciones que exige el artículo 1º, párrafo primero, constitucional, ante lo cual subsiste la colisión constitucional entre el principio de la libertad personal o deambulatoria y el de sus restricciones por medio de la prisión preventiva, no solamente respecto a sus fines explícitos sino también en cuanto a sus demás motivos para solicitarla y ordenarla.

- Eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su Parte III, sección 1, relativa a la observancia de los Tratados, en su artículo 26 está previsto el principio general del derecho *pacta sunt servanda*, en los términos siguientes: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe¹⁴²

¹⁴²Secretaría de Relaciones Exteriores, Página principal de la Secretaría de Relaciones Exteriores, (3 de abril de 2012), disponible desde: <http://www.sre.gob.mx/tratados/index.php>

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 1º dispone que los Estados Parte en la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación de raza, color, sexo, etc. En los artículos 41, inciso b), 50, numeral 3 y 51, numeral 2, se faculta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para formular recomendaciones. En el artículo 62 se establece que los Estados Parte pueden declarar el reconocimiento de la obligatoriedad de pleno derecho y sin convención especial, de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención que le sean sometidos. El artículo 63, le otorga competencia a la Corte Interamericana para decidir si hubo violación de derechos y libertades de la Convención; disponer se garantice al lesionado el goce del derecho o libertad conculcados; disponer se reparen las consecuencias y el pago de una justa indemnización; y tomar medidas provisionales en casos que esté conociendo y en casos graves y urgentes para prevenir daños irreparables a las personas. Y en el artículo 68, se establece que los Estados Parte se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en toda caso en que sean partes; y que la parte del fallo en la que se dispone una indemnización compensatoria, se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.¹⁴³

Como podemos observar, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para el cumplimiento de los Tratados prevé el compromiso y el principio general del derecho *pacta sunt servanda*; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé compromisos, promesas, buena fe, recomendaciones y disposiciones, pero no órdenes ni mecanismos coercitivos y de responsabilidad de servidores públicos para la ejecución eficaz de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Estatuto de esta Corte no prevé mecanismos para el cumplimiento eficaz de sus sentencias.¹⁴⁴ El Reglamento de la Corte Interamericana en su artículo 69, prevé la supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal, cuyos mecanismos son pedir informes y convocar a una audiencia al Estado y a los representantes de las víctimas para la supervisión del cumplimiento de sus decisiones.¹⁴⁵

Esta falta de eficacia sobre el cumplimiento oportuno de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se advierte también en la supervisión del cumplimiento de las mismas; en efecto, en la página web de dicha Corte se cuenta con un sitio sobre el tema y tiene registradas un poco más de 300 resoluciones cuyas fechas van del 2001 al 2011, pero corresponden al seguimiento

¹⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Página principal de la Corte Interamericana de Derechos humanos (28 de marzo de 2012), disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sistemas.cfm?id=2>

¹⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Página principal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de marzo de 2012), disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/>

¹⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Página principal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de marzo de 2012), disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>

de cumplimiento de sentencias dictadas desde hace diez años, por ejemplo en el caso Baena Ricardo y otros vs Panamá, la sentencia fue emitida el 2 de febrero de 2001, a partir de esta fecha se han dictado varias resoluciones de supervisión de cumplimiento y la última es de 22 de febrero de 2011, en la que en sus resolutivos deja abierto el procedimiento de supervisión de la sentencia, o sea, todavía no se ha dado cumplimiento a la misma.¹⁴⁶

Estos incumplimientos totales de las sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana, son indicativos de que la eficacia de aquéllas están supeditadas a las acciones que realicen los Estados en contra de los cuales se dictaron. Inclusive, Trinidad y Tobago, denunció la Convención, como lo señaló el Dr. García Ramírez; y Perú se negó a dar cumplimiento a dos decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁴⁷ Por lo que se refiere a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tribunales Colegiados de Circuito han emitido tesis en el sentido de que las recomendaciones de aquélla no son vinculantes y es improcedente el amparo en contra de su incumplimiento, además de que no transgrede el artículo 133 constitucional.¹⁴⁸

- Interpretación del artículo 133 constitucional. Es incuestionable que el Poder Constituyente tomó como modelo el artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos de América, no sólo por su redacción similar sino por fuentes históricas que dan cuenta de que se tomó como modelo la Constitución de ese país, matizada con la ideología europea. Su texto primigenio fue el siguiente:

Esta Constitución, Las Leyes del Congreso que emanen de ella, y todos los Tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley Suprema de toda la Unión. 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.¹⁴⁹

La única reforma a dicho artículo se publicó en el Diario Oficial de 18 de enero de 1934, en los términos siguientes:

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

¹⁴⁶Corte Interamericana de Derechos Humanos, Página principal de la Corte Interamericana de derechos Humanos 28 de marzo de 2012), disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/supervision.cfm>

¹⁴⁷Bicudo, Helio, Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, En: Memoria del Seminario El Sistema Interamericana de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI, (en Línea), Tomo I, 2°, San José Costa Rica 23 y 24 de noviembre de 1999 (4 de abril de 2012), disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/libros.cfm>

¹⁴⁸Suprema Corte de Justicia, Página principal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, (4 de abril de 2012), disponible desde: <http://200.38.163.161/ResultadoTesis.asp>

¹⁴⁹Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Página principal de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, (4 de abril de 2012), disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

*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.*¹⁵⁰

En el texto original, de la Constitución de 1917, ésta, las leyes del Congreso que emanen de ella y los Tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la unión. Con la mencionada reforma, se excluyó al Congreso y únicamente se facultó al Senado de la República para aprobar los Tratados internacionales que celebre el Presidente de la República. Es decir, la Constitución, Las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los Tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la ley suprema. Los teóricos del derecho constitucional, han dicho que si bien se puede adoptar instituciones o principios de otro país, se les puede dar un sentido propio para adecuarlo a la cultura, necesidades e idiosincrasia de cada país. Lo cierto es que en nuestro caso, si bien la Constitución, las leyes del Congreso que emanen de ella y los Tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, serán la ley suprema de toda la unión, no cabe duda que tanto las leyes del Congreso como los Tratados internacionales, deben estar conforme a la Constitución, al emplearse para las leyes federales la expresión *que emanen de ella*; y para los Tratados internacionales *que estén de acuerdo con ella*, es decir, con la Constitución, con lo cual se aprecia que en esa ley suprema de toda la unión, la que ocupa la supremacía es la Constitución.

Desde un punto de vista lógico, por la redacción utilizada; o sea, por el orden de prelación, las leyes federales ocuparían un segundo lugar con relación a la Constitución, lo que es indicativo que el artículo 133 constitucional, tuvo la misma razón de ser del artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos de América; y así lo han demostrado las tesis de la Suprema Corte de Justicia durante casi todo el siglo XX. Con el fenómeno de la globalización; la imagen que queremos dar de nuestro país en el concierto internacional; y la transición de poder del partido revolucionario institucional al partido acción nacional, hemos emprendido una proyección internacional de ser un país democrático y responsable en sus compromisos internacionales, lo que ha modificado nuestra concepción acerca de la jerarquía normativa nacional; es decir, primero está la Constitución, abajo de ella los Tratados internacionales que se celebren de acuerdo con ella y al final las leyes generales emitidas por el Congreso, las que todas ellas conforman la ley suprema de toda la unión; pero en esa prelación subsiste una jerarquía de leyes, en cuya cúspide sigue estando la Constitución; las reformas del 6 y 10 de junio de 2011, lo confirman (el juicio de amparo previsto en la Constitución es utilizado como un medio control para la protección de los derechos humanos y éstos adquieren rango constitucional, no así los Tratados internacionales). En este sentido, nos hemos distanciado del modelo instaurado por los Estados Unidos de América; es

¹⁵⁰ Idem.

decir, en este país la Constitución es suprema, cuya función es distribuir de manera preferencial la competencia del ámbito federal, para mantener a la federación; por tanto, persiste la supremacía de las leyes federales sobre la legislación local y sobre los Tratados. En cambio, en nuestro país si bien subsiste la supremacía de la Constitución, la cohesión de la federación deja de ser prioritaria, para darle paso a los compromisos internacionales y después de ellos desplegarlos por medio de leyes generales, a través de las cuales se obligue no solamente a la federación, sino a las entidades federativas y a los municipios para su cumplimiento.

En el anterior contexto, no es factible hablar jurídicamente de una soberanía supranacional y tampoco de una supremacía convencional.

Independientemente de la supremacía constitucional sobre la Convención Americana y demás Tratados internacionales en la materia, la dignidad humana es otro aspecto importante a considerar, la que resurgió después de la Segunda Guerra Mundial con los derechos humanos. Muchos países en sus constituciones la han recogido de manera expresa. En México, no está establecida expresamente; sin embargo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia señaló que el artículo 1 constitucional protege la dignidad humana, la cual es condición y base de todos los derechos humanos¹⁵¹

Y en este sentido se han pronunciado los Tribunales Colegiados de Circuito, como a continuación veremos:

El Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en tesis de jurisprudencia definió la dignidad humana como el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos¹⁵²

¹⁵¹ DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 10., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO), (tesis aislada), Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro II, noviembre de 2011, Tesis: 1º.CCXXIV/2011 (9ª.), página 197, (Amparo directo en revisión 1562/2011. 24 de agosto de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Julio Veredín Sena Velázquez).

¹⁵² DIGNIDAD HUMANA, DEFINICIÓN DE, (Tesis de jurisprudencia), Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro I, octubre de 2011, Tesis de jurisprudencia: I.5º.C.J/30 (9ª.), página 1528, (Amparo directo 309/2010. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón. Amparo directo 657/2010. 21 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretaria: Carmina Cortés Pineda. Incidente de suspensión (revisión) 286/2010. 30 de septiembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Miguel Ángel Silva Santillán. Amparo directo 371/2011. 22 de julio de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Hirám Casanova Blanco. Amparo directo 504/2011. 10. de septiembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca).

El mismo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en tesis de jurisprudencia, aseveró lo siguiente:

*La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna.*¹⁵³

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia, en tesis aislada, sostiene que la dignidad humana constituye un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, de entre los que se encuentran el derecho a la vida, integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal, los que aun cuando no se enuncian expresamente en la Constitución, están implícitos en los Tratados suscritos por México.¹⁵⁴

Finalmente, es insoslayable mencionar que el sistema internacional de los derechos humanos, que ha adoptado México, en la Constitución por medio de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, adolece de contradicciones. En efecto, si los derechos humanos son universales, deberían de gozar de ellos los pobres, los discapacitados, los grupos étnicos, etc., que por sus condiciones en las que se encuentran pareciera que no tuvieran derechos humanos. Si los derechos humanos son interdependientes e indivisibles, no debieran ser irrestringibles los de la personalidad del ser humano; y restringible el de la libertad personal o deambulatoria, con lo cual hace a ésta independiente y divisible de los demás derechos humanos, lo que revela lo vulnerable y nugatorio de los principios de interdependencia e indivisibilidad. No puede haber vida digna sin libertad.

¹⁵³DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO, (Tesis de jurisprudencia), Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro I, octubre de 2011, Tesis de jurisprudencia: I.5º.C./J/31 (9º.), página 1529, (Amparo directo 309/2010. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón. Amparo directo 657/2010. 21 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretaria: Carmina Cortés Pineda. Amparo directo 170/2011. 25 de marzo de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón. Amparo directo 371/2011. 22 de julio de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Hirám Casanova Blanco. Amparo directo 504/2011. 10. de septiembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca).

¹⁵⁴DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES, (Tesis aislada), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, diciembre de 2009, página 8, Tesis aislada P.LXV/2009, (Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009. Once votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco. El Tribunal Pleno, el diecinueve de octubre en curso, aprobó, con el número LXV/2009, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a diecinueve de octubre de dos mil nueve).

XIII. CONCLUSIONES

1. Venustiano Carranza, en su informe conocido como exposición de motivos de su proyecto de Constitución, fue categórico y tajante en señalar que los derechos del individuo han sido conculcados por todos los gobiernos, por lo que la Constitución debe tener por objeto proteger y garantizar la libertad humana de la manera más amplia y completa posible.

2. El Presidente del Congreso Constituyente 1916-1917, en respuesta al mencionado informe de Venustiano Carranza, destacó que el principio fundamental sobre el cual debe asentarse la nueva Constitución de la república, es el respeto más amplio a la libertad humana.

3. La Comisión dictaminadora del Congreso Constituyente, con respecto a la aprobación del artículo 1º del proyecto de Constitución, aseveró que éste contiene dos principios capitales: la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República; y no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución.

4. De los anteriores antecedentes de la Constitución de 1917 y de su artículo 1º, se advierte que el primer derecho fundamental que se protege en la Constitución es la libertad humana, garantizándola, así como a los demás derechos, de la manera más amplia y completa posible, por medio de tres principios:

- a) El respeto más amplio a la libertad humana;
- b) El deber de la autoridad de garantizar el goce de los derechos fundamentales; y
- c) La prohibición de restringir la protección de los derechos fundamentales; es decir, de reducirlos más allá de como están establecidos en la Constitución. De los anteriores principios, se desprende otro consistente en que:
- d) Los titulares de los derechos fundamentales tienen el correlativo derecho de gozar de éstos en la extensión concedida en la propia Constitución y también dentro de los límites o restricciones impuestos por el Poder Constituyente.

5. La reforma constitucional de 10 de junio de 2011, en materia de derechos humanos, develó en su artículo 1º, párrafo tercero, los anteriores principios señalados en los incisos a), b) y c) que desde 1917 son pilares de la Constitución, relativos al respeto más amplio a los derechos humanos; el deber de la autoridad de garantizar su ejercicio; y la prohibición de restringir la protección de los derechos fundamentales, es decir, reducirlos más allá de los límites establecidos por el Poder Constituyente, al establecer:

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

En efecto, los dos primeros principios de manera textual se advierten sin que requieran mayor explicación; y en cuanto al tercero, el principio de progresividad nos está indicando que el Estado tiene la obligación de procurar todos los medios posibles para la satisfacción de los derechos humanos en cada momento histórico y la prohibición de cualquier retroceso o involución en dicha tarea. Esto significa que el Estado tiene prohibido restringir los derechos fundamentales más allá de los límites impuestos por el Poder Constituyente, de lo contrario habría un retroceso o involución en satisfacer los derechos humanos, pues en la medida que más se restrinjan hay una involución, o sea, no hay progreso en la satisfacción de los derechos humanos.

6. El cambio de denominación de garantías individuales por el de derechos humanos y sus garantías, contenido en la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, es acertado conceptualmente, ya que permite diferenciarlos, pese a que algunos Diputados del Congreso Constituyente de 1916-1917, en la discusión sobre la denominación de garantías individuales, propusieron desde entonces que lo correcto de acuerdo a la doctrina más avanzada era la denominación de derechos fundamentales.

7. Los derechos fundamentales son producto del constitucionalismo escrito, en tanto que los derechos humanos, como valores morales, resurgen por las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, pero cuya esencia es común: son valores, bienes, principios, que están positivizados en las constituciones e instrumentos internacionales, constituyendo derechos públicos subjetivos. Las garantías son los instrumentos de protección y tutela de esos derechos fundamentales humanos.

8. El cumplimiento de la sentencia declarativa y condenatoria pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*, evidenció que el marco jurídico internacional y nacional es insuficiente para dar cumplimiento a este tipo de resoluciones. En efecto, pues por ejemplo, en lo que le corresponde a la Suprema Corte de Justicia, como Poder Judicial, al pretender dar cumplimiento a dicha sentencia fue algo inédito por la carencia de mecanismos jurídicos; y en cuanto a lo que le corresponde al Poder Legislativo Federal, en su ámbito de competencia, existe un vacío jurídico entre la precitada sentencia y las facultades de dicho cuerpo legislativo para cumplimentarla.

9. La aludida sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, motivó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación autorizara a través de una resolución *sui generis* para atender aquella sentencia (no derivada de un amparo en revisión, del ejercicio de facultad de atracción, etc., etc., sino de una sentencia de un organismo internacional) la operatividad del control difuso de constitucionalidad, que está establecido desde 1917 en la última parte del artículo 133 constitucional, pero acotada a que los jueces, formal o materialmente jurisdiccionales, no declaren la invalidez o inconstitucionalidad de una ley, pues solamente podrán inaplicarla, reservando la declaratoria de inconstitucionalidad a los jueces federales competentes para ello.

10. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, con motivo de la anterior sentencia y de la reforma al artículo 1º constitucional de 10 de junio de 2011, que incorporó los derechos humanos y sus garantías contenidos en los Tratados internacionales en los que México es Parte, interpretó de manera incipiente dicho artículo en relación con el artículo 133 constitucional, preservando la supremacía constitucional con relación a los Tratados internacionales en materia de derechos humanos, al interpretar la existencia de un control convencional dentro de un control difuso de constitucionalidad.

11. En los dictámenes de las comisiones de las Cámaras del Congreso de la Unión, respecto a la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, en materia de derechos humanos, no existe pronunciamiento alguno en el sentido de que los Tratados internacionales adquieren rango constitucional, solamente se habla de los derechos humanos contenidos o reconocidos en los Tratados internacionales en los que México es Parte, que se elevan a rango constitucional. No es lo mismo darles rango constitucional a los Tratados internacionales que darles rango constitucional a los derechos humanos reconocidos en ellos. Esta diferencia se explica y cobra sentido con motivo de la reforma constitucional previa de 6 de junio de 2011, en la que se incluyó como objeto de protección por medio del juicio de amparo a los derechos humanos y sus garantías reconocidos en los Tratados Internacionales en los que México es Parte.

12. Las opiniones doctrinarias en torno a la interpretación del artículo 1º constitucional no son uniformes, sino en algunos puntos contradictorias y en otros existen reticencias para no errar o reservar la opinión para un estudio más concienzudo y profundo; mientras que otros, con plena convicción sostienen que los Tratados internacionales en los que México es Parte en materia de derechos humanos, tienen rango constitucional y con ello ya existe, según ellos, el bloque de constitucionalidad, sin que desafortunadamente nos ilustren con sus razones que tengan para ello.

13. En la actividad interpretativa del Pleno de la Suprema Corte de Justicia con respecto al artículo 133 constitucional, ha pasado de la interpretación literal a la dinámica o evolutiva, lo que implica incertidumbre interpretativa, ya que sus

tesis sobre el particular nunca han constituido jurisprudencia sino tesis aisladas. La interpretación evolutiva o dinámica, se advierte en la variabilidad en el orden jerárquico de los instrumentos jurídicos, excepto en lo que se refiere a la Constitución, ya que a esta siempre la ha colocado en la cúspide; actualmente coloca a los Tratados internacionales por debajo de la Constitución, en atención a que debe cumplir el Estado mexicano con sus compromisos internacionales; y en tercer lugar a las leyes generales, en razón de que con ellas una materia se distribuye en los tres niveles de gobierno delimitando sus ámbitos de competencia, las cuales tienen mayor alcance que una ley federal. En este contexto de interpretación, la Suprema Corte de Justicia se ha alejado de la función original del principio de supremacía constitucional, que le dio razón de ser el artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos de América, que adoptó México; es decir, de distribución de competencias y prevalencia de la ley federal para garantizar la permanencia del federalismo, lo que implica la supremacía de la Constitución sobre las leyes y Tratados, pero también que todos éstos constituyen la ley suprema de ese país con relación a las leyes de los Estados de la unión americana.

14. En países europeos como Francia, España e Italia, existe la figura del bloque de constitucionalidad, pero excluyen de ella a las normas internacionales; es decir, a los Tratados internacionales.

15. En algunos países del continente americano, ex colonias de España, consideran a los Tratados internacionales en materia de derechos humanos por encima de la Constitución, como es el caso de Guatemala, en mérito a que en el artículo 46 de la Constitución Política de ese país se le da preeminencia al derecho internacional en materia de derechos humanos sobre el derecho interno; al igual que Colombia, cuya preeminencia la contempla en su artículo 93. Argentina les otorga a ciertos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos el nivel jerárquico constitucional, según el artículo 75, inciso 22, de la Constitución de dicho país. Los Estados Unidos de América, no tienen la figura del bloque de constitucionalidad y los Tratados en materia de derechos humanos ocupan el nivel de las leyes ordinarias.

16. Con los ejemplos anteriores acerca de la jerarquía normativa de los Tratados internacionales en materia de derechos humanos, en América y Europa, no ocupan de manera uniforme un lugar superior a la Constitución de cada país, ni tampoco igual a la Constitución, inclusive están por debajo de ella, con lo cual no se puede hablar de la Constitucionalización del derecho internacional en materia de derechos humanos, ni a nivel mundial ni a nivel hemisférico. Lo que es indicativo de la existencia de posturas supranacionales absolutas, supranacionales relativas y nacionalistas.

17. Entre el sistema interamericano de derechos humanos y el sistema europeo, es más garantista aquél tratándose de la libertad personal, en virtud de que de acuerdo a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos respecto al artículo 8.2 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, es menos restrictivo que el artículo 5, numeral 1, inciso c), del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ya que las hipótesis restrictivas de la libertad personal por medio de la prisión preventiva, las ha ampliado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de su labor interpretativa.

18. Entre el sistema interamericano de derechos humanos y el sistema constitucional de derechos humanos, en tratándose de restricciones a los mismos es más garantista y completo este último desde 1917, pero desafortunadamente el Poder Reformador se ha venido alejando de él, con la anuencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al negar la procedencia del amparo en contra de una reforma constitucional que se tilde de inconstitucional por el quejoso.

19. La reforma constitucional de 10 de junio de 2011, en cuanto al artículo 29, creó otro sistema de restricciones de los derechos fundamentales humanos, diverso y menos garantista que el previsto en el artículo 1º constitucional.

20. La reforma constitucional sobre el artículo 1º de 10 de junio de 2011, no le dio rango constitucional a los Tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado mexicano es Parte; por consiguiente, no se creó un bloque de constitucionalidad. Los que adquirieron rango constitucional fueron los derechos humanos y sus garantías reconocidos en los Tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que México es Parte, para darles protección por medio del juicio de amparo y fuera tal reconocimiento congruente con la reforma constitucional previa de 6 de junio de 2011, respecto del juicio de amparo.

21. La interpretación que ha hecho la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno al artículo 133 constitucional, ha sido en relación al orden jerárquico normativo nacional, en la cual no hay visos de que los Tratados internacionales en materia de derechos humanos tengan nivel jerárquico constitucional, menos aún supraconstitucional.

22. La reforma constitucional del artículo 1º de 10 de junio de 2011, estableció un control constitucional sobre un control convencional ex officio; es decir, un control sobre otro control, con lo que se confirma la supremacía de la Constitución sobre los Tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que México es Parte. Tan es así que no se reformaron los artículos 105, fracción II, incisos b) y g); 107, fracción VIII, inciso a); y 133 constitucionales, en los que se prevé que la acción de inconstitucionalidad procede en contra de Tratados internacionales, con legitimación para promoverla tanto los miembros del Senado que integren el 33% como la Comisión Nacional de Derechos Humanos cuando vulneren derechos humanos consagrados en la Constitución y en los Tratados internacionales; el juicio de amparo procede en contra de Tratados internacionales

(normas generales) y se otorga el recurso de revisión en contra de sentencias de jueces de Distrito y Tribunales Unitarios de Circuito, cuando subsista el problema de constitucionalidad en el juicio de amparo; y la supremacía constitucional, respectivamente.

23. El marco normativo del derecho internacional, como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el procedimiento de reformas de este último instrumento internacional; el sistema de restricciones de los derechos humanos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el tema de la eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y la interpretación que hemos hecho del artículo 133 constitucional, nos da la pauta para afirmar que en nuestro país existe todavía la soberanía nacional y la supremacía constitucional y no han sido desplazadas hasta ahora por una supuesta supremacía supranacional ni por una supremacía convencional.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai, Principios del proceso penal europeo, Traductores Ana Beltrán Montoliu y Guillermo Orce, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005.

CARBONELL, Miguel, Los derechos fundamentales en México, 3ª, Porrúa, México, 2009.

CORCUERA Cabezut, Santiago, Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos, Oxford, México, 2009.

DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, La cláusula de supremacía constitucional. El artículo 133 constitucional a la luz de su origen, evolución jurisprudencial y realidad actual, Porrúa, México, 2011.

DONNELLY, Jack, Derechos humanos universales: en teoría y en la práctica, traducción de Ana Isabel Stellino, 2ª, Gernika, México, 1998.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, y Morales Sánchez, Julieta, La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011), Porrúa, México, 2011

HERMIDA DEL LLANO, Cristina, Los derechos fundamentales en la Unión Europea, Anthropos, España, 2005.

HOYOS, Arturo, La interpretación constitucional, Temis, Colombia, 1998.

HUNT, Lynn, La invención de los derechos humanos, Traducción de Jordi Beltrán Ferrer, Tusquets, España, 2009.

LARA PONTE, Rodolfo, Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano, 4ª. edición, 2007.

MOUSKHELI, M., Teoría jurídica del Estado Federal, ediciones Casa Poletti.

NASH ROJAS, Claudio, La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica, Fontamara, México, 2010.

REY CANTOR, Ernesto, Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, Porrúa, México, 2008.

SCHMITT, Carl, El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del <<Ius publicum europaeum>>, Traductora Dora Schilling Thou, Comares, España, 2002.

SCHMITT, Carl, Teología política, Traducción de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez, Trotta, España, 2009.

TORRES UGENA, Nila, Textos normativos de derecho internacional público, 9ª edición, Thomson civitas, España, 2004.

ZAMORA PIERCE, Jesús, Garantías y proceso penal, 4ª, Porrúa, México, 1990.

PÁGINAS WEB OFICIALES

Cámara de Diputados, Página principal de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Gaceta Parlamentaria de 18 de octubre de 2011, disponible desde: <http://gaceta.diputados.gob.mx>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Página principal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible desde: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato>

Cornell University Law School, Página principal de Cornell University Law School, disponible desde: <http://www.law.cornell.edu>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Página principal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible desde: <http://www.corteidh.or.cr>

Organización de las Naciones Unidas, Página principal de la Organización de las Naciones Unidas, disponible desde: <http://www.un.org/es/documents/charter/chapter1>.

Secretaría de Relaciones Exteriores, Página principal de la Secretaría de Relaciones Exteriores disponible desde: <http://www.sre.gob.mx/tratados/index>

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Página principal de la Suprema Corte de Justicia de Nación, comunicado de prensa de 15 de julio de 2011, disponible desde: <http://www2.scjn.gob.mx/comunica2prensa/>

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

Bicudo, Helio, Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, En: Memoria del Seminario El Sistema Interamericana de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI, (en Línea), Tomo I, 2ª, San José Costa Rica 23 y 24 de noviembre de 1999 (4 de abril de 2012), disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/libros.cfm>

Garriga Domínguez, Ana, et al., La controvertida eficacia directa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Apuntes sobre el alcance de la violación del derecho a un proceso equitativo contemplado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las limitadas posibilidades de su restitución plena en el proceso español en relación con los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, p. 4, Informe el Tiempo de los Derechos, número 12, noviembre 2010, Universidad de Vigo, (8 de marzo de 2012), disponible en: www.tiempodelosderechos.es/docs/dic10/06.pdf

Sarmiento, Daniel, et al., Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, p. 15, (8 de marzo de 2012), disponible en: www.danielsarmiento.es/pdf/sentencias_basicas.pdf

DOCUMENTOS HISTÓRICOS

H. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LIV Legislatura, Diario de los Debates del Congreso Constituyente Querétaro 1916-1917, edición facsimilar, Tomo I, México, 1989.

H. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LII Legislatura, Los Históricos Debates de la Constitución de 1916-1917, redacción de los ejemplares del 1 al 81 que contienen las versiones taquigráficas de las sesiones del colegio electoral y ordinarias, Tomo I, México, 1996.