

LA CLÁUSULA DE SIMPATÍA CON LOS DERECHOS
EN MÉXICO: LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS
Y LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL
SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS
TRAS LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011
(EN ESPECIAL, CONVENCIÓN Y CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS)

ANA RUIZ LEGAZPI*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA DE 2011:
1. Un revulsivo a la reticencia de los tribunales domésticos a incorporar en
su razonamiento parámetros internacionales de interpretación de derechos hu-
manos 2. Su caracterización como cláusula de simpatía con los derechos
humanos: la *vis* atractiva de la jurisprudencia interamericana. III. EVOLUCIÓN
EN LA APERTURA CONSTITUCIONAL AL *STANDARD* INTERNACIONAL: DESDE LA
MERA LEGALIDAD DE LOS TRATADOS A SU (TÍMIDO) VALOR CONSTITUCIO-
NAL DE LA MANO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. IV. BREVE ESTUDIO
DE CAMPO: EN ESPECIAL, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Y CONVENCIÓN
INTERAMERICANA. V. A MODO DE CONCLUSIÓN: PREVISIONES SOBRE LAS
POSIBILIDADES CONSTITUCIONALES DE LA NUEVA CLÁUSULA CONSTITUCIO-
NAL DE SIMPATÍA CON LOS DERECHOS MEXICANA. VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En los actuales sistemas multinivel de derechos humanos es imprescindible el constante y fluido diálogo entre las Cortes encargadas de garantizarlos. Las tensiones y entendimientos entre las distintas visiones de los derechos contribuyen a su dinamismo y enriquecimiento. Las normas de reenvío o de apertura constitucional al standard internacional de los derechos, gráficamente bautizadas también como ‘cláusulas de simpatía con los derechos’, son la bisagra entre los ordenamientos que lo hacen posible. En este artículo examinamos la incluida por México en su reciente reforma cons-

* Profesora de la Universidad de Valladolid.

titucional (junio de 2011). Nos preguntamos sobre su eficacia para remover los obstáculos que hasta ahora impermeabilizaban al ordenamiento constitucional mexicano de, sobre todo, la Convención y la Corte interamericanas de derechos humanos.

Palabras clave: Derechos humanos; diálogo entre cortes; sistemas multinivel; tratados internacionales; reenvío internacional.

ABSTRACT

In the current multilevel systems of human rights is essential a constant and free-flowing dialogue between the Courts in charge of guaranteeing them. Tensions and agreements among their different visions of rights help to its dynamism and enrichment. Rules of resend or of constitutional opening to the international standard of rights, graphically called, «loving rights clauses», are the hinge among the legal systems which make it possible. In this paper we check the clause included by Mexico in its recent constitutional reform (june 2011). We wonder about its efficiency to remove the obstacles which, until now, armoured the mexican constitutional rules system to, mainly, the American Human Rights Convention and Court.

Key words: Human rights; dialogue among Courts; multilevel systems; international treaty; forwarding to international.

I. INTRODUCCIÓN

Con la expresión de Häberle (1994, 88), entendemos por cláusulas de simpatía con los derechos aquellas previsiones constitucionales de apertura al *standard* internacional de los derechos humanos. En su virtud, la norma fundamental de un país se remite a los parámetros de reconocimiento de derechos humanos plasmadas en los tratados internacionales y que al recoger el sentir de los países vecinos y amigos cumplen, también, con una suerte de función homologadora de las actuales democracias constitucionales. Un similar nivel de libertad como carnet de socio en el club de las democracias modernas.

Una reciente reforma constitucional en México ha incluido en el frontispicio de la Constitución una de estas cláusulas de simpatía de los derechos. Al estilo de las que, como es el caso del art. 10.2 de la Constitución española¹, se pueden leer en otras tantas constituciones de su entorno cultural.

Sin acometer un estudio comparado, pero tomando como referencia la doctrina y jurisprudencia ya sentadas sobre las aperturas constitucionales en los países que disponen de ella desde hace más tiempo, en estas pági-

¹ Art. 10.2 CE: «2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»

nas nos preguntamos sobre la aplicación del llamado patrón internacional de los derechos humanos (tratados y jurisprudencia) antes de la reforma constitucional (III), para comprender, desde su evolución (II) y a través de un breve estudio de campo (IV), los efectos que de la misma puedan predecirse para el desarrollo de los derechos humanos en México (V).

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011

1. Un revulsivo a la reticencia de los tribunales domésticos a incorporar en su razonamiento parámetros internacionales de interpretación de derechos humanos

La doctrina mexicana tiende a coincidir a la hora de afirmar que la recepción interna de los tratados y, en especial, de la jurisprudencia internacional interpretando los derechos que aquellos reconocen, era imperceptible. En este sentido, la bienvenida a la última reforma constitucional es generalizada, depositándose en ella esperanzas ciertas de que sirva para ampliar tanto el efecto directo (aplicación directa) como del efecto indirecto o de irradiación (interpretación conforme) de los tratados y su jurisprudencia interpretativa. En especial, claro está, la referida al sistema interamericano de derechos (Convención Americana y Corte Interamericana, en adelante respectivamente, CADH y CIDH).

La reforma constitucional de 11 de junio de 2011 parece, en efecto, una buena razón en que fundar este optimismo pues, con ella, se lleva a la Constitución (y se sitúa en un lugar privilegiado) la regla general de interpretación de los derechos de conformidad con los tratados internacionales (en cursiva la destacada novedad):

Art. 1.—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. (...).

Además, se reitera como regla específica de interpretación en algún otro derecho puntual, como la prohibición de celebración de tratados o convenios en virtud de los que «se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte» del art. 15 de la Constitución mexicana.

Al igual que, por último, se incluye una previsión en el art. 105 g) por medio de la cual se faculta a la Comisión Nacional de Derechos Humanos a ejercer una acción de inconstitucionalidad contra leyes y otras disposiciones que vulneren no sólo la Constitución sino, también, los tratados internacionales de los que México sea parte. Puede pasar más desapercibida que las anteriores, pero desde la óptica de la permeabilidad constitucional a los tratados es igualmente destacable².

Los efectos de la reforma constitucional, desde luego, no se hicieron esperar. El 6 de julio de 2011 la Suprema Corte determinó, con contundencia, en un caso de desaparición forzada, que los tribunales mexicanos tienen la obligación de cumplir con una sentencia de la Corte Interamericana en un caso de desaparición forzada, y que su jurisprudencia debe ser tenida en cuenta por los jueces mexicanos. Se trata de la Resolución de la Suprema Corte de Justicia de 14 de julio de 2011 (sobre la que volveremos después, vid. supra). En la distancia, y aunque no está escrito en los textos oficiales, la inmediatez temporal no parece fruto de una casualidad, sino más bien de una relación causa efecto que sitúa a la decisión judicial en el trasunto de la reforma constitucional. No parece descabellado pensar que, al tratarse de un asunto de enjundia, la reforma constitucional se acometiera para de algún modo facilitar el papel de la Suprema Corte en su tarea de ejecución interna de las sentencias (eficacia directa) promoviendo la irradiación de los derechos convencionales (eficacia indirecta).

De otro lado, la reforma constitucional puede ser vista como un síntoma decisivo de un auténtico cambio de tendencia en la cultura jurídica de un país que tuvo un buen impulso ya en 2008, con las reformas de las constituciones de algunos Estados que fueron pioneras en la inclusión de estas reglas de interpretación conforme que, hasta entonces, no se habían puesto negro sobre blanco en la letra de ninguna Ley Suprema. Nos referimos a la Constitución de Sinaloa y de Tlaxcala (arts. 41 bis y 16, respectivamente) que, además, van más allá al mencionar expresamente como parámetros los criterios de los organismos internacionales de protección, cuestión sobre la que volveremos enseguida³. A estas se unieron otras como, sólo a título de ejemplo, la Constitución del Estado de Chihuahua en 2009.

² A decir de algunos autores (HERNÁNDEZ CRUZ, 2011), ello supone la asignación de rango constitucional a los tratados internacionales aunque a nuestro modo de ver quizá los más apropiado, al carecer de la fuerza pasiva de la norma suprema, es hablar de quasiconstitucionalización de los tratados, en la medida que, mientras están en vigor, se aprovechan en buena medida de su fuerza activa.

³ Constitución de Sinaloa:

«Art. 41 Bis. A. En el Estado de Sinaloa toda persona es titular de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la presente Constitución, así como de los previstos en los instrumentos internacionales incorporados al

E incluso algunas leyes federales habían ido incorporando estas cláusulas de simpatía de los derechos. Así, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación de 2003 (arts. 6)⁴; la Ley de Acceso y Transparencia a la Información Pública Gubernamental (art. 6. 2)⁵ y la Ley General de Acceso de las Mujeres a la Vida Libre de Violencia (art.2)⁶.

La reforma constitucional de 2011 puede verse así, como el revulsivo que desde el valor de la Constitución normativa, permitirá superar el actual estado de cosas en que, por varios motivos, los tratados internacionales y la jurisprudencia han pasado desapercibidos en las *ratio decidendi* de los tribunales.

orden jurídico mexicano. Su ejercicio implica deberes correlativos de respeto a los derechos de los demás y de solidaridad hacia la familia, los más desfavorecidos y la sociedad. (...). *Art. 41 Bis C.* Los derechos humanos a los que hace alusión esta Constitución se interpretarán de acuerdo con los siguientes principios: (...) II. Su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y atendiendo los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Constitución de Tlaxcala:

«Art. 14. En el Estado de Tlaxcala todo individuo gozará de los derechos humanos que se garantizan en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la presente Constitución, instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano y leyes secundarias. (...). Art. 16. La interpretación de los derechos humanos a que hace alusión esta Constitución se hará de conformidad con los siguientes principios: a) Deben interpretarse evitando la contradicción con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales en la materia; b) Su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y atendiendo a los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano (...)».

⁴ Art. 6.—«La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable».

⁵ La Ley es de 2002, pero la cláusula se incluye en la reforma de 2006: Art. 6.2. «El derecho de acceso a la información pública se interpretará conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos internacionales especializados».

⁶ La Ley es de 2007, pero esta previsión es obra de la reforma de 2009. Art. 2. «La Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias expedirán las normas legales y tomarán las medidas presupuestales y administrativas correspondientes, para garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, de conformidad con los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos de las Mujeres, ratificados por el Estado mexicano».

2. Su caracterización como cláusula de simpatía con los derechos humanos: la vis atractiva de la jurisprudencia interamericana.

Las llamadas cláusulas de simpatía de los derechos se articulan técnicamente a través de un reenvío, que puede ser específico, a algún tratado internacional concreto, o más genérico, a los tratados internacionales que versen sobre la materia, sin más precisión, o un híbrido entre ambos. De suerte que la norma constitucional opera como bisagra, abriendo el ordenamiento constitucional de los derechos, al plano internacional. Por eso también se llaman «normas constitucionales de reenvío a lo internacional» (***)).

El art. 1 de la Constitución mexicana, tras su reforma, incorpora una remisión o un reenvío de corte genérico cuando dispone que «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 (...)» sin mencionar, como sí hace, por ejemplo, la Constitución española al referirse a la Declaración de Derechos Humanos, ningún instrumento internacional.

Con todo, al circunscribir la remisión a los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte se conjura la tentación de incluir el objeto de reenvío cualquier tratado internacional sobre los derechos humanos, a la que han sucumbido algunos autores en países con cláusulas menos explícitas⁷. Casi siempre basta, con todo, con acudir a las normas constitucionales que establecen las reglas sobre la recepción interna de las fuentes internacionales para comprobar que, sin su válida celebración, los tratados son completamente ajenos al ordenamiento jurídico patrio y, por tanto, inaplicables, inmunes a la llamada constitucional. El art. 133 de la Constitución mexicana en conexión con los arts. 9 y ss de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no deja espacio para la duda. No era necesaria, por tanto, esa precisión en la cláusula de simpatía de los derechos, aunque pueda ser bienvenida.

Si nos fijamos, en realidad la nueva cláusula no añade nada nuevo al panorama constitucional de los derechos pues, si leemos este último artículo 133 de la Constitución mexicana, caeremos en la cuenta de que ya otorgaba la condición de Ley Suprema de la Unión a los tratados internacionales, de modo que los derechos que en ellos se reconocían, ya tenían eficacia directa. Al margen de esta consideración crítica sobre la falta de

⁷ A veces invocando el valor de los derechos humanos como *ius cogens* y otras veces, como por sucede al abrigo de cláusulas tan ambiguas como el art. 39.4 de la Constitución española, cuando reconoce directamente a los niños «la protección prevista (sin más requisitos) en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos», con razonamientos más matizados y referidos por ejemplo a tratados internacionales ratificados o incluso sólo firmados, pero no publicados todavía. En contra, por todos, (ARROYO LARA, 1987, 414).

carácter innovador de esta fórmula, nosotros defendemos (con HESSE, 1983) el valor fundamental de la Constitución en la integración social y en la creencia de los ciudadanos en la legitimidad del poder, y, reivindicando el valor propedéutico de este tipo de declaraciones, nos congratulamos de su inclusión nominal.

La reforma constitucional no se agota aquí y resulta mucho más interesante atender a lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 1 cuando afirma «Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia (...)». Es evidente que se trata de una norma de interpretación constitucional conforme a los tratados y no de constitucionalización del contenido del tratado en sí. El llamamiento constitucional se efectúa, así, a la interpretación del derecho que resulta conforme al *standard* internacional (REY). La eficacia aplicativa de la interpretación convencional que opera gracias a este art. 1 párrafo segundo de la Constitución mexicana es análoga a la que se produce en España por vía del art. 10.2 CE y, en este sentido, hay que destacar su importancia no tanto a los tratados en sí como, sobre todo, a la exégesis que de los mismos hagan sus órganos de garantía para acomodarlos, como instrumentos vivos, a la sociedad en que despliegan sus efectos. Y en este capítulo no cabe duda de la importancia capital que adquiere, al igual que en Europa el Tribunal de Estrasburgo, en el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos (en adelante, respectivamente, CoIDH y CIDH). Al igual que el europeo, este sistema regional de protección de los derechos, se diferencia notablemente de otros sistemas de protección multinivel de los derechos en que su órgano de garantía, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene, junto con la Comisión interamericana de Derechos Humanos, una función jurisdiccional en aquellos países que, como México desde el 16 de diciembre de 1998, la aceptan⁸.

De modo que lo singular de la nueva regulación constitucional será que cristaliza una suerte de ‘reenvío móvil’ a lo internacional pues no sólo asume el criterio de interpretación conforme a una declaración de derechos estática, ratificada en un momento dado. Además acepta las futuras comprensiones normativas provenientes de la interpretación que lleven a cabo los órganos de garantía como, destacadamente, la Comisión o la Corte —que a diferencia de lo que sucede con otros garantes de tratados internacionales (Comités) no son políticos—, para, como instrumentos vivos que son, amoldarlos a los avances de la sociedad en que despliegan sus

⁸ DOF 24 de febrero de 1999, con fe de erratas de DOF del 25 de febrero de 1999: <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/3-B-8-A.pdf>.

efectos⁹. Se habla en este sentido de un ‘doble reenvío’ de la Constitución al Convenio y de éste a la Corte (Sáiz Arnáiz, A., 1999, 29)

El lector atento habrá observado que tampoco la incorporación de la jurisprudencia interamericana tiene un carácter innovador especialmente destacable pues, como ya ha sido bien analizado, el efecto directo de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es (al margen de los problemas de ejecución) indiscutible (arts. 66 y ss CADH, y Silva García, 3).

Sin embargo, aquí vamos a apuntar una dimensión mucho más dinamizadora para el estado de cosas antes de la reforma al reivindicar la eficacia indirecta de toda la jurisprudencia interamericana por esta vía de la interpretación de los derechos conforme al *standard* internacional. Y ello porque cuando la Corte de San José interpreta el sentido y alcance de un derecho convencional, lo está dotando de un contenido determinado que conforma los contornos del derecho, con independencia del país en el que proyecte, porque las fronteras sólo se tienen en cuenta para dirimir la responsabilidad de la lesión y en su caso la sanción (delimitación de la competencia). Por esta razón, cuando una cláusula de simpatía con los derechos como la mexicana se refiere a la interpretación conforme de los derechos humanos regulados en los tratados está asumiendo el resultado de la interpretación de los órganos de garantía del tratado y, muy destacadamente, de la Corte interamericana.

Más debate se ha producido en torno a la eficacia de las decisiones de la Comisión interamericana, especialmente las que adoptan la forma de recomendaciones. Desde aquí creemos que esta atracción como parámetro de interpretación de los derechos humanos le es predicable, no sólo porque la doctrina que estudió bien los efectos de su homóloga europea mientras existió así lo afirmaba unánimemente (Quesada, 2001). También porque, desde la óptica de la conformación de un *standard* internacional de los derechos convencionales, la visión que de los mismos tiene la Comisión contribuye igualmente a conformar ese orden público común de los derechos humanos y las libertades públicas como sustrato cultural antropológico de las democracias constitucionales iberoamericanas (de nuevo Häberle).

Nótese que si bien la cláusula de simpatía con los derechos de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos sólo alberga esta remisión a la jurisprudencia internacional de modo implícito, algunas de sus prede-

⁹ A la cláusula de simpatía de los derechos mexicana le son claramente aplicables todas las consideraciones al respecto del reenvío móvil a la jurisprudencia interpretativa de precedentes como el español: (por todos, APARICIO, 1989, 11; GARCÍA ENTERRÍA *et al.*, 1983, 143; REY MARTÍNEZ, 1989, 3615; RODRÍGUEZ, A., 2002, 312; SÁIZ ARNÁIZ, 1999, 268).

cesoras estatales sí incluyen una referencia expresa a los criterios interpretativos de los «organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano» (Constituciones de Sinaloa y Tlaxcala, arts. 41 bis y 14, respectivamente), añadiendo incluso, e el primer caso, una referencia específica a especialmente [los] de la Corte Interamericana de Derechos Humanos».

Por último cabe precisar que la homologación con el internacional en derechos humanos es sólo una equiparación al alza. Con la mejor técnica normativa característica de los más avanzados sistemas de protección multinivel de los derechos¹⁰, el segundo párrafo del art. 1 de la Constitución mexicana consagra la regla de interpretación constitucional *favor libertatis*, garantizando en todo caso la comprensión más amplia del derecho, cuando dispone que «Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán (...) favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. (...)».

La función de irradiación (Alexy, 2007), en fin, de los derechos se ve fuertemente reforzada por esta disposición constitucional amable con los derechos. La simpatía no se agota ahí porque, como cláusula constitucional normativa constituye a su vez un mandato a los poderes públicos (destacadamente jueces domésticos) para que incorporen en sus decisiones sobre derechos humanos el *standard* internacional de referencia. Si se apela otra vez al valor propedéutico de la Constitución se comprenderán algunas de las esperanzas depositadas en esta cláusula de simpatía de los derechos como inductor de la permeabilidad entre los sistemas multinivel de protección de los derechos de la que hasta ahora se carecía.

III. EVOLUCIÓN EN LA APERTURA CONSTITUCIONAL AL STANDARD INTERNACIONAL: DESDE LA MERA LEGALIDAD DE LOS TRATADOS A SU (TÍMIDO) VALOR CONSTITUCIONAL DE LA MANO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

La reforma constitucional se perfiló, así, como un motor importante para superar el actual estado de cosas en que la aplicación efectiva de los tratados y la jurisprudencia internacional interpretativa es, a decir de los estudiosos, insuficiente. Esta convicción, por otra parte, no nos puede llevar al engaño de pensar que parte de la nada pues, al contrario, la Suprema Corte de Justicia ya había avanzado un trecho en la apertura al *standard* internacional de los derechos humanos.

A tenor de esta evolución se justifican mejor las esperanzas que cabe

¹⁰ Art. 29 CADH ó art. 53 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales en relación con el art. 6 del Tratado de la Unión Europea.

depositar en el cambio constitucional hacia la confluencia con la tendencia internacional a conectar los engranajes de los sistemas de protección multinivel de los derechos, revitalizando el papel de los derechos como fundamento legitimador del poder.

Con una visión retrospectiva del proceso se comprende mejor el punto del que se partía y al lugar al que es razonable poder llegar tras el cambio constitucional. Hasta 1992, la Suprema Corte de Justicia había considerado que los tratados internacionales tenían el valor de una simple ley en el sistema jurídico mexicano y, por tanto, no pensaba en la interpretación de los derechos humanos constitucionales de conformidad con ellos, porque la Constitución no se interpreta desde la ley, sino al revés. Más allá de alguna sentencia en que esta visión legalista de los tratados podía ser matizada, lo cierto es que en la doctrina dictada en su Tesis P.C/92 de diciembre de 1992 equiparó por algún tiempo a los tratados con las leyes federales, en términos que de inmediato se exponen, y que impiden pensar en una función mínimamente integradora de los derechos humanos en sede internacional (p. 97).

Sin perjuicio del valor como norma jurídica integrante del ordenamiento jurídico que implica este reconocimiento, incluido ya, por otra parte, en el art. 133 de 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»

La Suprema Corte de Justicia cambió de criterio en mayo de 1999 y modificó la interpretación que había sostenido sobre la posición que ocupan los tratados internacionales en el sistema jurídico mexicano. Apostando ahora por una visión más proactiva y amable con los derechos humanos de sesgo de matriz internacional. Con ocasión de un amparo en revisión determinó que los tratados se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal.

Creemos que no es casual que el cambio de opinión sobre la posición jerárquica de los tratados se fraguara con ocasión de un supuesto en que estaba en juego (no un tratado de comercio, por ejemplo, como bien pu-

diera ser, dado que la doctrina es para todos los tratados internacionales, sino) un derecho humano, como la libertad sindical. En su resolución, la Corte no dudó en acudir, precisamente, a un tratado internacional de los derechos humanos específico lo que, como se habrá notado, supuso sin duda un paso adelante en la consideración constitucional de los derechos humanos que se acuñan y definen en sede internacional.

Pues lo que en resumidas cuentas sucedió es que la Suprema Corte primó la aplicación del Convenio nº 87 de la OIT sobre las disposiciones contenidas en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado para solucionar un amparo en revisión promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo (Amparo en revisión 1475/1998). Se trataba de reconocer el derecho a la libre asociación sindical proclamado en el convenio de referencia, tildando de inconstitucional la ley federal por vulnerar aquél derecho en los términos reconocidos en dicho convenio internacional. De acuerdo con esta nueva tesis (Tesis P. LXXVII/99, p. 46):

«los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la ley fundamental y por encima del derecho federal 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 al 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».

Tampoco parece una casualidad la siguiente coincidencia de fechas. Mientras que la Suprema Corte da este paso para facilitar la aplicación de los tratados internacionales entraba en vigor la competencia contenciosa de la Corte interamericana de derechos que México acababa de reconocer (16 de diciembre de 1998¹¹). En mi opinión, el cambio jurisprudencial puede ser visto como un gesto para favorecer la apertura constitucional a los derechos humanos en el sentido y con el alcance que se reconocen internacionalmente y, en este sentido, garantizar su plena eficacia promoviendo que los tribunales domésticos, incluida la propia Suprema Corte, los tengan en cuenta.

Recordemos que, en aplicación del principio de progresividad, establecido en el artículo 29 de la Convención Americana, los tribunales, en sus resoluciones, deben apegarse a los estándares internacionales en materia de

¹¹ *Vid. supra* nota 8.

protección de los derechos humanos establecidos tanto por los tratados al respecto como por la jurisprudencia que se haya generado por los órganos internacionales correspondientes. De lo contrario, una resolución contraria o inferior a los estándares internacionales comprometería la responsabilidad de México (Ayala, 2003, 41 y Toro Huerta, 2005, 119).

Esto permitió algunas decisiones pioneras. Como la que pasa por ser la primera en la que notoriamente se cifra la eficacia directa no sólo de los tratados sino también de la jurisprudencia. Se trata del caso del General Gallardo vs. México sobre el que la Comisión Interamericana había publicado su recomendación de que fuera liberado de la condena por delito de injuria, calumnia y difamación al ejército, que se saldó con el amparo que le confirió el Segundo Tribunal Colegiado en materia penal del Segundo Circuito el 5 de abril de 2002, y ello porque sin ambages asume la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión (SJF, Novena época, Tomo XVIII, julio de 2003, p. 1046) (Mijangos y González, 6 y ss).

La nueva tesis abonaba el terreno para una interpretación de los derechos humanos con la mirada puesta en los tratados internacionales de la materia que, sin embargo, no parece que terminara de cuajar. Algo especialmente preocupante a la vista del papel que está llamada a desempeñar la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al fin y al cabo, junto con el argumento de la interpretación constitucional de la jerarquía normativa de los tratados, el art. 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación señala claramente que los jueces federales penales conocerán de los delitos de orden federal, y que éstos son, entre otros, los previstos en las leyes federales y los tratados internacionales. Y ni siquiera con este deber de los jueces de aplicar los tratados en sus resoluciones se aplicaba suficientemente en la práctica (Corcuera Cabetuz, 2004, 167 y Carmona Tinoco, 2005, 78 y ss).

Entre las razones que suelen invocarse para explicar este vacío no falta el supuesto recelo de la Corte Suprema de Justicia por perder sino ya hegemonía sí el protagonismo de tener la última palabra jurídica en la interpretación del Derecho en México. También es una constante el reproche más o menos velado al desconocimiento de las fuentes internacionales que padecerían algunos los jueces y abogados¹².

Hay otras de índole más técnico. Entre las que se suelen glosar que hasta 1998 México no reconoció la competencia contenciosa de la Corte (o hasta 2002 no aceptó la competencia de los principales Comités de Naciones Unidas facultados para recibir quejas). Más decisivo aún resulta, a nuestro juicio, que el cuerpo no tanto de tratados como de decisiones

¹² *Guía sobre la aplicación del derecho internacional en la jurisdicción interna*. San José, Costa Rica, 1996.

jurisprudenciales vinculantes para los jueces domésticos no es en realidad tan robusto. Pensemos que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia interamericana, sólo son como tales obligatorias para el Estado Mexicano las sentencias contenciosas, las opiniones consultivas y las medidas provisionales en que México sea parte (con arreglo a art. 6 CADH, Castilla y García Ramírez, 2006, 98). Al escribir estas páginas, son exactamente 23, casi todas posteriores a 2002 además¹³.

Desde luego, esto no significa necesariamente que la Suprema Corte careciera de ocasiones en las que aplicar los tratados internacionales en el sentido que establecen sus órganos de garantías. Y ello¹⁴ porque, como hemos visto, aunque escasa, sí hay doctrina vinculante, y porque la que no lo es, tiene como también hemos visto al menos un valor interpretativo. Por lo que se refiere a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Máximo órgano judicial mexicano se ha visto compelido a resolver conforme imponían los estándares internacionales al menos en un caso de gran repercusión.

En sentencia del caso Radilla Pacheco, de 23 de noviembre de 2009, la CIDH determinó que el ejército mexicano era responsable de la desaparición de Rosendo Radilla Pacheco hacía treinta años y que el Gobierno no había investigado adecuadamente el crimen. La Corte Interamericana ordenó a México modificar su Código de Justicia Militar a fin de «compatibilizarlo con los estándares internacionales»¹⁵.

Al margen de que la Corte interamericana abrió la delicada cuestión del control de convencionalidad diferido a los órganos nacionales como la Suprema Corte de Justicia de México en lugar de reservárselo en exclusi-

¹³ Nueve casos contenciosos (el primero de 2004 y dos son meramente interpretativos de otros anteriores); dos opiniones consultivas y 12 medidas provisionales (la primera de 2002). http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=20. (15 de mayo 2012).

¹⁴ Y sin necesidad de ampliar hasta extremos insólitos el abanico de tratados y decisiones vinculantes al estilo que propugna algún autor, que defiende que se incluyan en el elenco las quejas resueltas por otros Comités internacionales (sin objeciones que oponer si México fuera parte) o por otras Cortes como la europea (más discutible) con el argumento de que (es cierto) la propia Corte interamericana los cita como criterio (CARMONA TINOCO, 2005, 260). De hecho, la propia Suprema Corte de Justicia admite que admite que incluso aunque nos sean vinculantes a efectos del amparo las recomendaciones de la Comisión «es por demás evidente que los aludidos términos del compromiso por parte de los Estados, y alcances y efectos de éste, no pueden ignorarse o pretender rebasarse bajo el argumento diferenciador de la materia del tratado» (Tesis Asilada XXVIII de julio de 2003).

¹⁵ La sentencia del caso Radilla es una de las decisiones en que la Corte Interamericana determinó que militares habían cometido graves violaciones de derechos humanos contra civiles y en las que ha manifestado que la jurisdicción militar no puede aplicarse a las violaciones de derechos cometidas contra civiles. Las otras son Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, de 31 de agosto de 2010 y Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, de 26 de noviembre de 2010 (con sus respectivas sentencias de interpretación).

va para sí, lo que nos interesa resaltar aquí es la proyección en la jurisdicción mexicana de aquella decisión.

Así, tiempo después, la Suprema Corte de Justicia aplica y concreta la regla de interpretación conforme al establecer, en la Resolución de la Suprema Corte de Justicia de 14 de julio de 2011 (Considerando 19 a 22 y 42 a 43) que los jueces nacionales se encuentran vinculados por los derechos humanos establecidos en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales, y que deben observar los criterios judiciales (esto es, sus criterios, los criterios de la propia Corte) e incluso los criterios interpretativos de la Corte interamericana, siempre con el fin de garantizar la mayor protección de los derechos¹⁶.

Por ser decisivo reproducimos aquí el siguiente pasaje en el que se aprecia con toda nitidez la aplicación directa de la sentencia de la Corte Interamericana para declarar inconstitucional la ley en liza:

«42. De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución Federal en concordancia con el artículo 2o. de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante un juez competente.

43. Por tanto el artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el mismo artículo 13 conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello es así porque al establecer cuáles son los delitos contra la disciplina militar no garantiza a los civiles o sus familiares que sean víctimas de violaciones a los derechos humanos tengan la posibilidad de someterse a la jurisdicción de un juez o tribunal ordinario.

Pero, de nuevo, si nos fijamos en la fecha repararemos en que ya se

¹⁶ Considerando 21

«De este modo, los jueces nacionales deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga sobre la posibilidad de que sean los criterios internos aquellos que cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1 (...) lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos».

había efectuado la reforma constitucional sobre los derechos humanos con la que se consagra definitivamente como regla de interpretación la conformidad con los estándares internacionales, y de ahí nuestra observación inicial sobre la incidencia respectiva de esta decisión judicial en la reforma constitucional.

Si unimos reforma constitucional con esta jurisprudencia que a ella se amolda es posible vaticinar que, en el futuro, será más recurrente el uso de estándares internacionales tanto en su aplicación indirecta (como criterio interpretativo cuando no son obligatorias) como directa (cuando sí lo son). La reforma constitucional y la buena disposición jurisprudencial ya acreditada constituyen herramientas para distensar la antigua resistencia a incorporar estándares internacionales (con plena fuerza de obligar según el sistema de fuentes mexicano). Se puede comenzar a superar, así, un déficit que los autores detectan en todos los niveles jurisdiccionales aunque, como es natural, lo acusan más en la Suprema Corte de Justicia¹⁷.

IV. BREVE ESTUDIO DE CAMPO: EN ESPECIAL, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Y CONVENCIÓN INTERAMERICANA

En general, la doctrina es muy crítica con el (escaso) uso que la Suprema Corte de Justicia ha venido dando a la jurisprudencia interamericana antes de que se incluyera una cláusula expresa de reenvío a lo internacional.

En las siguientes líneas, de un modo necesariamente breve, se mencionan algunos supuestos en los que la jurisprudencia interamericana ha sido empleada de un modo manifiestamente incorrecto, también en los que ha sido meramente testimonial o incluso complementario. A continuación se consignan unos menos conocidos pero significativos casos en que la Suprema Corte ha brindado una interpretación constitucional conforme a los tratados internacionales, sin faltar ejemplos en los que la interpretación conforme ha derivado en una aplicación directa. Y, finalmente, se da cuenta de algunos ejemplos de la tendencia, más destacada por la doctrina, a omitir cualquier mención a instrumento internacional alguno o hacerlo en un tono excesivamente restringido (seguimos, en esencia, a Carmona Tinoco, 245).

No siempre la acusación se debe a la falta de uso. Hay también, a decir de la doctrina, casos en que se usa, pero de modo incorrecto. Casos

¹⁷ Y ello sin perjuicio de que no dejan de ser reseñables algunos esfuerzos de jueces inferiores y tribunales federales por ensayar el uso de los tratados internacionales como criterio directo o indirecto, interpretativo, en sus decisiones. Aunque a veces tachadas de un tanto «ex-céntricas», suelen perseguir, al hilo de un caso concreto, interpretaciones novedosas de derechos de prestación que suplieran la dejadez del legislador (por todos, MIJANGOS Y GONZÁLEZ).

de mal uso. Así es emblemático lo que sucedió con el conocidísimo caso Radilla Pacheco a Primera antes de que llegara a la Corte Interamericana. Y es que la sala de la Suprema Corte de Justicia (Amparo en revisión 460/2008) analizó la jurisprudencia interamericana para resolver las dudas que planteaba este caso penal en el que no había posibilidad de segunda instancia de acuerdo con el art. 38 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua y llegó a la conclusión de que a efectos del derecho al recurso del art. 8.2 h) de la Convención Americana el amparo cumple la función de doble instancia. Y todo ello a pesar de ser notorio y bien sabido que bien sabido que el amparo no satisface las características y fines de una segunda instancia penal. Pese a la condena impuesta por la Corte interamericana, la Corte Suprema, por lo demás, ha reiterado en un supuesto de condena por deudas tributarias esta tesis más recientemente (con la reforma constitucional, por cierto, recién aprobada: en Amparo 476 y otros acumulados 2010, resueltos en junio de 2011).

Sin llegar a emplearlo como criterio sustantivo, hay ocasiones en las que las decisiones Corte sí se respaldan con una interpretación acorde con los tratados. Normalmente para reafirmar, si se quiere testimonialmente, una posición jurídica a la que ya había llegado aisladamente la Suprema Corte. Así sucedió, por ejemplo, en el caso en que se declaró que un determinado precepto de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (que limitaba, objetivándola, la indemnización del Estado por daño moral) era inconstitucional por ser «tanto contraria al derecho de origen nacional (art. 133 Constitución) como al derecho de origen internacional (art. 63.1 Convención interamericana) (Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia Amparo directo en revisión 75/2009). O cuando se declaró inconstitucional un bando local que exigía permiso previo de la autoridad local para distribuir documentos (de contenido religioso, era un evangelista) en vía pública por constituir un supuesto de censura previa prohibida por el art. 7 de la Constitución y por el art. 13 de la Convención americana. Suprema Corte de Justicia. Amparo en revisión 1595/2006).

El mismo papel ha jugado la jurisprudencia interamericana cuando la Suprema corte ha establecido como criterio de actuación de los tribunales, en relación con los menores, el superior interés del niño en el sentido establecido en la Convención de Derechos del Niño, desarrollada en México por la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. (Suprema Corte de Justicia. Amparo directo en revisión 908/2006). El interés superior del menor es precisamente uno de los sectores donde más difusión ha tenido el uso de tratados internacionales (como criterio interpretativo más que como aplicación directa) promoviendo su efecto de irradiación (Borrás, A., 2005, 1287). O, en relación con la teoría de los límites de los derechos fundamentales, la jurisprudencia interamericana se

menciona testimonialmente para concluir que, como es sabido, las restricciones a los derechos se definen teniendo en cuenta la Constitución y lo que establezcan los tratados internacionales al reconocer los derechos y fijar sus limitaciones (Amparo en revisión 173/2008).

Aunque la diferencia no es fácil de trazar, en otras ocasiones el contenido constitucional se complementa con el contenido de los tratados internacionales de los derechos humanos que juega así un papel sutilmente más importante que cuando se trae a colación de manera simplemente testimonial. Creemos que es el caso de la Tesis 1ª. LXIII/2008 «Derecho a la salud. Su regulación en el artículo 40 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos y su complementariedad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos».

En su virtud se establece que derecho a la protección de la salud previsto en el citado precepto constitucional tiene, entre otras finalidades, la de garantizar el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan las necesidades de la población, lo que es compatible con varios instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que destacan el apartado 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (...); el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que alude al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y refiere que los Estados deben adoptar medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho; y el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador», según el cual toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. En ese sentido y en congruencia con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y no sólo como el derecho a estar sano.

Lo interesante es que de estas disposiciones la Suprema Corte deduce un contenido constitucional (inspirado internacionalmente) mínimo del derecho a la salud. Así, en su opinión, el derecho a la salud entraña libertades y derechos, y sitúa, entre las primeras, la relativa a controlar la salud y el cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, torturas, tratamientos o experimentos médicos no consensuales; y entre los derechos, el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. Asimismo, la protección del derecho a la salud incluye, entre otras, las obligaciones de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y

los servicios relacionados con ella; vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia; de ahí que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.

Algo parecido puede decirse de los derechos políticos. En relación con los cuales la Suprema Corte de Justicia declaró constitucionales las llamadas «candidaturas independientes» usando como argumento, a mayor abundamiento, la Observación General 25 del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas en un caso (Acción de inconstitucionalidad 28, 29 y 39/2006) o el Informe sobre la situación de los derechos humanos en México de 1998 elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El criterio jurisprudencial fue la *SIDH Yatama c. Nicaragua* de 23 de junio de 2005.

En un no demasiado conocido pero creciente número de casos la Suprema Corte ha hecho ya la interpretación de derechos y libertades acorde a tratados. No se trata de situar como norma suprema a la convención americana, sino de constatar algunos casos en los que la interpretación constitucional que se hace es acorde con la normativa y jurisprudencia emanada de la Corte interamericana de derechos humanos. Y ello porque, aunque sean anteriores a la reforma constitucional de 2011, se sitúan dentro del sentido y alcance de la cláusula de simpatía de los derechos que debemos a esa reforma en que se incluye constitucionalmente un mandato de, precisamente, ‘interpretación conforme’. Recordemos que ni antes ni ahora se constitucionalizan los tratados sino un criterio interpretativo de la Norma suprema de conformidad con ellos, preservando la supremacía normativa de la constitución en todo momento («Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales (...)»).

Así, la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre libertad de expresión (en especial su opinión consultiva c/85) fue decisiva para interpretar los preceptos constitucionales sobre los que se declaró inconstitucional una ley del Estado de zacatecas que configuraba una especie de censura previa en la difusión de mensajes políticos con la excusa de verificar si cumplía con las reglas de la publicidad electoral (Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 1 de febrero de 2007). De igual modo que lo es la que limita la prisión provisional en relación con la gravedad de la pena asociada al delito del que se acusa sirvió para interpretar este límite a la

libertad personal en la constitución mexicana, invocando como precedente una sentencia (a pesar de no ser vinculante al no afectar a México) con mero valor interpretativo como la Suárez Rosero c. Ecuador. (Amparo 263/2008).

A veces la interpretación acorde con los tratados se confunde hasta convertirse caso en una aplicación directa de los tratados. Señalaremos que, aunque se produce tras su entrada en vigor, no es ésta la intención de la reforma constitucional de la que nos ocupamos y que nos hallamos más bien ante un efecto «colateral» del control de convencionalidad que los tribunales nacionales se ven constreñidos a efectuar por decisión de la Corte interamericana. Así, la Suprema Corte de Justicia declaró inconstitucional un inciso del art. 12 del Código Federal de Procedimientos Penales, que permitía la defensa por uno mismo o por persona de confianza, sin exigir que fuera letrado, por vulnerar el art. 8.2 de la Convención Americana (Amparo 402/200).

La Convención Americana de Derechos Humanos sirve, de nuevo, para interpretar adecuadamente la Constitución Mexicana y concluir con la legitimidad del artículo 30 de la Ley de Responsabilidades Administrativas que establece la ejecución inmediata de las sanciones administrativas (Amparo 282/2007). Mientras que la Suprema Corte de Justicia ha comparado expresamente el derecho a un proceso con garantías de los arts. 14 y 17 de la Constitución Mexicana con el art. 8 Convenio Americano sancionando la plena conformidad (Amparo 233/2011). También ampliamente, el sistema de recursos en materia tributaria con el acceso a la justicia que garantiza la Convención (Amparo 252/2011 y 638/2011). La misma conclusión favorable a la convencionalidad se alcanzó a cuando, recientemente, ha analizado las causas de improcedencia y sobreesimiento de los procesos de amparo previstas en la Ley de Amparo (art. 73 y 74 de la Ley) (Amparo 443/2011) o cuando decidió la legitimidad de la regulación de los legitimados para ejercitar la acción de amparo (arts. 103 y 107 Constitución mexicana), en este caso con referencia no sólo en la Convención Americana sino también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles (amparo 192/2011). Es también interesante la convalidación de la regulación los plazos de interposición de recursos contra decisiones tributarias previstos en la Ley de derechos del contribuyente basada en una «interpretación conforme» de la misma con el art. 25 de la Convención Americana en una especie de sentencia interpretativa (Amparo 4/2012)

Por último, algunos casos bien llamativos de la Suprema Corte en los que la mención a la norma internacional o ha brillado por su *ausencia* o se ha hecho un uso muy restringido de ella.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia confirmó en octubre de 2005, en el conocido como «caso Witz», una condena penal por ultraje

a las insignias nacionales, a la bandera, a un poeta que ejercía su derecho a la libertad de expresión (Amparo en revisión 2673/2003). Y, en ese mismo año, en otro caso también notorio, llamado «Castañeda», la Suprema Corte de Justicia declinó el amparo por entender que se trataba de una materia político electoral, privando al afectado de atacar una disposición legal que le impidió postularse como candidato en las presidenciales de 2006 (Amparo en revisión 743/2005), y que luego le valió a México su primera condena por la CIDH¹⁸.

En el ámbito de la «Guerra Sucia», la Suprema Corte de Justicia resolvió el 5 de noviembre de 2003 sobre la imprescriptibilidad del delito de desaparición de personas sin la más mínima mención a la Convención Americana ó a la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (Recurso de Apelación extraordinaria 1/2003). Y el 15 de junio de 2005 resolvió uno de sus asuntos más controvertidos (Recurso de Apelación extraordinaria 1/2004) afirmando que el genocidio prescribe en México ante hechos que se cometieron antes de que se ratificara la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, sin tener en cuenta la consideración internacional que tienen este tipo de delitos.

Más preocupante es que, en octubre de 2011, con la cláusula de simpatía de los derechos humanos plenamente vigente, la Suprema Corte de Justicia denegara un amparo (2750/2010) y avalara una limitación de los efectos de la investigación de la paternidad para excluir los civiles claramente contraria a la amplia jurisprudencia interamericana sobre los derechos de filiación e identidad (resumida recientemente en el caso *Fonneron e hija vs Argentina*, de 27 de abril de 2012).

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: PREVISIONES SOBRE LAS POSIBILIDADES CONSTITUCIONALES DE LA NUEVA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE SIMPATÍA CON LOS DERECHOS MEXICANA

Hasta la reforma constitucional de 2011 el uso de los tratados y jurisprudencia internacionales sobre los derechos humanos ha sido escasa, tanto en su dimensión directa, de aplicación inmediata (en su calidad de norma del ordenamiento mexicano), como indirecta o de irradiación (como criterio más interpretativo o de inspiración de normas patrias).

¹⁸ En materia electoral es digno al menos de una breve mención el Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación porque ha defendido que se «elevó a rango constitucional el imperativo de que la propaganda electoral y política que difundan los partidos debe estar exenta de expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos políticos y, además, tiene que abstenerse de calumniar a las personas» de acuerdo con las orientaciones del derecho internacional y, en especial, la interpretación del art. 8 de la Convención y 14 del Pacto Internacional (Sentencia de 11 de junio de 2008).

Paradójicamente, además, parece haber sido más profuso el empleo de recomendaciones de la Comisión Interamericana que la propia jurisprudencia dictada por la Corte interamericana, y ello cuando, sin perjuicio de los efectos que se predicán de la primera, la segunda cuenta con el valor de ser la genuinamente vinculante.

En pocas palabras, cabe concluir que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Mexicanos ha sido renuente a acudir al patrón internacional en la interpretación de los derechos humanos. Sobre todo si lo comparamos con el uso más incisivo (con más consecuencias prácticas más inmediatas) detectado en algunos tribunales inferiores que no por simbólico (por el riesgo de que luego fueran revocadas) es menos significativo.

La reforma constitucional era, pues, imprescindible para mejorar las cosas¹⁹. La Suprema Corte se limitaba a cumplir con el expediente del avance que en su día había supuesto su doctrina de 1999 (confiriendo valor supra legal a los tratados y rescatándolos de la mera legalidad donde los situaba antes). Y, para vencer esa desidia, era necesario un estímulo como el propiciado por la apertura constitucional al *standard* internacional incluido en el art. 1 de la Constitución mexicana. En efecto, con las características propias de las llamadas cláusulas de simpatía con los derechos la nueva norma suprema incluye un mandato de interpretación conforme a los tratados internacionales con la suficiente fuerza innovadora como para promover un cambio en la orientación de la Suprema Corte de Justicia.

En efecto, tras 2011, lo cierto es que la Suprema Corte comienza a recurrir a la Convención Americana y su jurisprudencia con más frecuencia (una consulta rápida a su buscador así lo demuestra) aunque la intensidad cualitativa todavía está por ver (siguen prevaleciendo argumentos a mayor abundamiento que la aplicación directa, que por otra parte no es un propósito de la reforma constitucional, por lo que puede concluirse que el avance está en las interpretaciones de conformidad).

Paradójicamente, sin embargo, este progreso lo hace la Suprema Corte en su condición de intérprete de la convencionalidad, que aunque de alguna manera le atribuye la reforma constitucional, se debe sobre todo a la decisión de la Corte Interamericana por delegar esta función en los tribunales nacionales. En la medida que es éste un papel que asume antes del que le reconoce la reforma constitucional de 2011, puede poner en jaque

¹⁹ De la misma opinión es Caballero Ochoa, J. L., «La Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a los tribunales nacionales. Algunas reflexiones sobre el caso mexicano», p. 319 quien imputa, sin embargo, la culpa del letargo iusinternacionalista a la dejadez del legislador. Precisamente por ello la doctrina venía insistiendo en la elaboración de propuestas de reforma constitucional: (por todas, ORTIZ AHLF, 2004).

el auténtico efecto innovador del nuevo art. 1 de la Constitución cuando la Suprema Corte no haga de juez delegado de convencionalidad. Un rol que a nuestro juicio no le corresponde asumir pues creemos que el guardián de la Convención debe ser la propia Corte interamericana. Por más que defendamos el diálogo entre las Cortes (ZAGREBELSKY, 2008) de los sistemas multinivel de protección de los derechos, reservamos al juez nacional la defensa de la Constitución ... interpretada de conformidad con los tratados y la jurisprudencia internacionales sobre los derechos humanos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXYS, R. (2007) *Teoría de los derechos fundamentales*, BERNAL PULIDO. C. (Trad.), 2ª Ed., Madrid.
- APARICIO, M. A. (1989) «La cláusula interpretativa del art. 10.2 de la Constitución española como cláusula de integración y apertura constitucional de los derechos fundamentales», *Jueces para la Democracia*, Núm. 6.
- ARROYO LARA, E. (1987) «Consideraciones sobre el alcance y contenido del art. 96.1 'in fine' de la Constitución española», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXXIX, Núm. 2.
- AYALA, C. M. (2003), *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México.
- BARRENA *et al.* (2001) «incorporación del derecho internacional en la Constitución Mexicana» *Derechos Humanos, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Vol III, Mexico, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BORRÁS, A. (2005), «La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes» VV.AA., *Obra homenaje al Prf. D. González Campos*, Tomo II, Madrid.
- CABALLERO OCHOA, J. L., «La Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a los tribunales nacionales. Algunas reflexiones sobre el caso mexicano», <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/23.pdf>.
- CARMONA TINOCO, J. U.:
- (2009) «La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México», *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*: México, UAM, Instituto de Investigaciones Jurídica. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/21.pdf>
 - (2005) «La incorporación de los derechos humanos en las constituciones locales mexicanas», en Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, *La armonización de tratados internacionales de derechos humanos en México*.
- CASTILLA, K. (2011) «El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf>
- CASTILLA, K. y GARCÍA RAMÍREZ, S. (2006), *La jurisdicción interamericana de derechos humanos*, México. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

- CORCUERA, S. (2004) «La incorporación y aplicación de los tratados Internacionales sobre derechos humanos en el sistema jurídico mexicano», *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, México.
- FERRER, E y SILVA GARCÍA, F. (2010), «El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, N.º. 14.
- GARCÍA DE ENTERRÍA *et al.* (1983), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2ª Ed., Madrid.
- HÄBERLE, P.
— (1996) «Derecho constitucional europeo», *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, PÉREZ-LUÑO, A.E. (Coord.), Madrid.
— (1994) «El concepto de los derechos fundamentales» *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, (SAUCA, J. Mª., Ed.), Madrid.
- HESSE, K. (1983) *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, 1983.
- HENDERSON, H. *Revista Instituto Interamericano Derechos Humanos*, Vol. 39 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/39/pr/pr5.pdf>
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J. «Breves notas sobre la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos y su recepción por parte de los tribunales federales mexicanos», <http://www.iidpc.org/pdf/ajr6Mijangos.pdf>.
- ORTIZ AHLF, L. (2006) *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y de derechos humanos*, México, Universidad Iberoamericana.
- QUESADA POLO, S. (2001) «El Convenio Europeo de Derechos Humanos», Los derechos en Europa, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., Madrid.
- REY MARTÍNEZ, F. (1989) «El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE)», *Revista General de Derecho*, Núm. 537.
- RODRÍGUEZ, A. (2002), «El carácter supranacional en España de la Convención Europea de Derechos Humanos», *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente*, Vol. I, Madrid.
- ROMÁN GONZÁLEZ, E. «La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/21.pdf>
- SÁIZ ARNÁIZ, A.,
— (2009) «El Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la cultura común de los derechos fundamentales en Europa», VV.AA., *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje a J. Solé Tura*, Madrid.
— (1999) *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid.
- SILVA GARCÍA, F. (2006) «El control judicial de las leyes con base en tratados internacionales sobre derechos humanos», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* Núm. 5.
- TORO HUERTA, M. I. (2005) «Retos de la aplicación judicial en México conforme a los tratados de derechos internacional de los derechos humanos», *La armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en México*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Unión Europea.
- ZAGREBELSKY, G. (2008) *La legge e la sua giustizia*, Bolonia.

