

MÉXICO Y LA JUSTICIA INTERNACIONAL

Juan N. SILVA MEZA*

SUMARIO: I. *Internacionalización: la paulatina apertura del sistema mexicano ante el sistema internacional.* II. *Los retos en la aplicación del cambio de paradigma.* III. *Conclusiones. Propuesta de razonamiento para efectuar una de las especies del control difuso de convencionalidad.*

I. INTERNACIONALIZACIÓN: LA PAULATINA APERTURA DEL SISTEMA MEXICANO ANTE EL SISTEMA INTERNACIONAL

La iniciativa impulsada por el Ejecutivo federal mexicano en 1998, ratificada por el Senado, respecto de la aceptación expresa de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte Interamericana),¹ es ciertamente un avance de dimensiones no aritméticas, sino geométricas a favor de todos los justiciables del país. No porque el tribunal interamericano se haya convertido en una cuarta instancia providencial en la que toda persona inconforme pueda seguir litigando un asunto perdido en las instancias nacionales.²

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, periodo: 1995-2015. Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, periodo: 2011-2014. Investigador visitante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM desde 2016.

¹ A partir de 1988 el Estado mexicano reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, como tribunal regional con sede en San José de Costa Rica. Lo anterior implicó precisar en la Constitución la dirección de la política exterior y los principios rectores en la celebración de tratados internacionales, como competencia del Ejecutivo, así como la emisión de leyes. En 1992 se expidió la Ley sobre la Celebración de Tratados que reúne en 11 artículos las premisas básicas en la materia. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/216.pdf>. [Fecha de consulta: 26 de marzo de 2016].

² Ha sido la propia Corte IDH la que ha determinado que a esta jurisdicción no le corresponde fungir como cuarta instancia que corrija aspectos del juicio que debieron ser revisados por el juez de la causa, en la especie “establecer si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas, valorar prueba para ese propósito específico, o resolver sobre la tuición de las niñas”, extracto del *Caso Atala*.

JUAN N. SILVA MEZA

Resulta iluso y hasta deshonesto que los abogados planteen a sus clientes estrategias de litigio que generen falsas esperanzas, del tipo “si perdemos el amparo, lo ganamos en la Corte Interamericana”. En realidad, el cambio de paradigma constitucional es de un calado de dimensiones mucho mayores.

La sola existencia de la jurisprudencia de este Tribunal regional constituye un llamado a modificar sustantivamente la forma de plantear argumentos relacionados con la protección de la persona, dado que a todo individuo le es posible, de ahora en adelante, invocar un catálogo más completo y consistente de derechos.

Siguiendo un orden cronológico de cómo se fueron gestando interpretaciones (e incluso, cómo fueron éstas trascendiendo de un tribunal a otro, en una operación que ha sido dada en llamar *fertilización cruzada de criterios*),³ vale la pena empezar comprendiendo el funcionamiento del *diálogo entre jurisdicciones* europeas.

La tarea de la Corte de Justicia de la Unión Europea (conocida durante los primeros años de existencia como de las Comunidades Europeas) en el sentido de delimitar el derecho interno frente al internacional, inició tras la decisión del caso *Van Gend & Loos* de 5 de febrero de 1963.

En esta decisión, la Corte señaló que el Tratado de la entonces Comunidad Económica Europea no se limitaba exclusivamente a vincular a las instituciones nacionales firmantes, sino que involucraba también a los ciudadanos de la Comunidad, quienes desde entonces podrían invocar el derecho europeo ante sus tribunales nacionales.

El criterio fue complementado al año siguiente, el 15 de julio de 1964 por el mismo tribunal, al resolver el caso *Costa vs. Enel*. Desde su sede de Luxemburgo, dicho tribunal determinó que las jurisdicciones nacionales quedaban vinculadas, al interior de los Estados, por las normas de derecho europeo, y que no se podían alegar motivos de derecho interno para incumplir una disposición comunitaria.⁴

Pero estos criterios paradigmáticos no son exclusivos de la percepción europea de protección de los derechos humanos. Aunque a veces tarden en viajar de un país o de un continente a otro y en ser implantados, forman parte de un *corpus* común que se integra a las sentencias relevantes de la Corte IDH.

En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006, con implicaciones semejantes, o al menos relacionadas con los dos criterios europeos que se acaban de citar, el Estado chileno fue condenado por la Corte Interamericana por considerar que una ley de amnistía no puede ser promulgada como razón para crear una excepción para frenar la vigencia de normas internacionales de protección de derechos.

Pero también se puede advertir que ha sido infrecuente que las jurisdicciones europeas impongan una interpretación unívoca para concebir los derechos.

³ Groppi, Tania y Ponthoreau, Marie-Claire, *Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Londres, Hart Publishing, 2013.

⁴ Estos desarrollos se encuentran recientemente en múltiples referencias, Mezzetti, Luca y Fannotto, Luca, *Constitución y políticas de la Unión Europea* [Costituzione e Politiche dell'Unione Europea], Bogotá, Universidad Javeriana, 2008, pp. 35-42.

Así, tenemos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), con sede en Estrasburgo, se pronunció en 2004 a favor del respeto a la apreciación nacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo. “Tomar en cuenta la diversidad de concepciones, ante el problema del inicio de la vida, refiere a culturas jurídicas y a estándares de protección nacional que dan lugar a un amplio poder discrecional de cada Estado”.⁵

Con mayor celeridad que en el ejemplo anterior, la Corte IDH retomó algunos aspectos de esta sentencia en el *caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* del 28 de noviembre de 2012, donde se condenó al Estado costarricense por haber desprendido de su Constitución una lectura del derecho a la vida, que el legislador nacional pretendió hacer compatible con la enumeración del mismo en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) votando una ley prohibitiva de la fecundación *in vitro*.

Tenemos, pues, que dentro de un rango temático de cuestiones que interesan a tribunales de diferentes regiones, existen coincidencias y contrastes que vale la pena tratar de entender y armonizar, en aras de una mejor protección para el individuo. Es en este sentido que, desde hace algunos años, se construyó la noción de *diálogo jurisprudencial*.

Sobre ese particular, desde hace al menos cuatro décadas, los jueces constitucionales europeos han tenido que acostumbrarse a armonizar la interpretación del derecho interno frente a la jurisprudencia de dos tribunales de derecho europeo. Uno, con sede en Luxemburgo, que resguarda la regularidad de los tratados que fundan el funcionamiento de la Unión Europea en el ámbito interno de sus actuales 28 Estados miembros; y otro tribunal, con sede en Estrasburgo, que ciñe la actuación de las autoridades de 47 países que forman parte del Consejo de Europa, equivalente continental de nuestra OEA, donde, por más complicado que este sistema parezca, la armonización de criterios ha sido funcional y benéfica para todos. Estos desarrollos han sido posibles debido a que los dos tribunales europeos se asumen subsidiarios del juez de primer contacto en cada uno de los países, siendo estos últimos a quienes toca garantizar la regularidad de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH o Convenio Europeo), así como de todas las directivas europeas en esa materia.

Encerrarse en una percepción nacional (que puede conducir a una restricción *nacionalista*) de los derechos, en plena era global, no puede más que considerarse un sin-sentido.⁶

Las también llamadas “guerras entre jurisdicciones” han sido caracterizadas incluso con expresiones de fuerte connotación, como la acuñada por la prensa colombiana en términos de “choque de trenes”, para describir los conflictos interpretativos surgidos entre la Corte constitucional y las otras *últimas* instancias nacionales (a saber, el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior

⁵ Delmas-Marty, Mireille, “Les droits de l’homme: processus d’humanisation réciproque”, *La conscience des droits: mélanges en l’honneur de Jean-Paul Costa*, París, Dalloz, 2011, p. 212.

⁶ Bourgorgue-Larsen, Laurence, “De l’internationalisation du dialogue des juges”, en *Le dialogue des juges: mélanges en l’honneur de Bruno Genevois*, París, Dalloz, 2009, p. 98.

JUAN N. SILVA MEZA

de la Judicatura). Su magnitud ha llevado incluso a considerar que un cierto protagonismo de unos frente a otros, conduce a determinados actores a querer imponer un *gobierno de jueces*, según la conocida expresión de Edouard Lambert.⁷

No cabe duda que el mejor camino para la internalización y para evitar los extremos de una eventual guerra entre jueces, es la normalización de un *diálogo entre jurisdicciones*. Pues aunque sepamos que un juez siempre estará circunscrito a un ámbito territorial (para el juez nacional), y que quedará sujeto a un conjunto de normas específicas (tanto para el juez doméstico como para el internacional), la realidad nos impulsa a una apertura hacia otros universos o sistemas de reglas.

Ha sido de esta forma, a través del diálogo entre criterios jurisprudenciales, como se han sentado las bases de la generación del referido *efecto útil* de las obligaciones internacionales de los países.

Se debe resaltar la forma en que este esfuerzo no es aislado, sino secundado a nivel interamericano por las cortes supremas y constitucionales, al ir estableciendo en sede nacional la forma en que debe ejercerse el control de convencionalidad. Al menos, hasta ahora, este diálogo coloca a nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN) a la par de esfuerzos semejantes desarrollados por los altos tribunales de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Panamá, Perú y República Dominicana.

Pero el mencionado diálogo no se produce sólo de los tribunales nacionales hacia los regionales. La magnitud del reto que implica esta operación interpretativa también permea al interior de nuestros sistemas judiciales domésticos. Quienes, desde ahora, asumimos la tarea de controlar la convencionalidad de leyes y actos ya no somos sólo las instancias superiores; lo son, antes que nadie, los jueces de primer contacto con el ciudadano.

A partir de ahora, los jueces encargados de resolver recursos excepcionales de protección de derechos (como el amparo para el caso latinoamericano) tendrán que respetar y garantizar que el ejercicio de aplicación de las Convenciones por parte de los jueces de primer contacto, haya sido conforme a los designios de las normas y los principios internacionales suscritos por cada país.

Las consideraciones de sentencias de los tribunales regionales, y no sólo en el contexto interamericano o europeo sino recientemente en el africano, se construyen a través del diálogo con criterios dictados por otros tribunales nacionales o, incluso, de los regionales entre sí.

No debe ser ajeno que la Corte IDH esté empezando a retomar consideraciones elaboradas en el seno de la Suprema Corte mexicana. Se puede citar, en primer lugar, el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*,⁸ de 24 de febrero de 2012 (párrafo 126), donde la Corte IDH retoma que la SCJN consideró estudios sobre la orientación sexual en el desarrollo del niño, determinando que no puede inferirse una afecta-

⁷ López Daza, Germán Alfonso, “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 24, enero-junio, 2011, pp. 170-178.

⁸ Corte IDH. *Caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. [Fecha de consulta: 26 de marzo de 2016].

ción en la personalidad de un menor derivada de la convivencia con padres homosexuales. “Cada familia tiene que analizarse en lo particular y no desde el punto de vista estadístico” (como lo estableció la SCJN en la Acción de Inconstitucionalidad A.I. 20/2010 de 16 de agosto de 2010).⁹

En segundo lugar, en la Supervisión de cumplimiento de 20 de marzo de 2013 (párrafo 81), relacionada con la sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay* de 24 de febrero de 2010, la Corte IDH refiere expresamente (párrafo 19) al expediente Varios 912/2010 dictado por la SCJN el 14 de julio de 2010 donde se determinó que los criterios de las sentencias interamericanas en las que México sea parte son obligatorias en sede interna para el Poder Judicial de la Federación.

Igualmente, en la Supervisión de cumplimiento emitida por la Corte IDH el 14 de mayo de 2013, que recayó al caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, de 23 de noviembre de 2009, la Corte IDH hace un reconocimiento de la forma en que la SCJN estableció limitaciones al fuero militar, al hacer efectiva la obligación del Poder Judicial de ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, fijando las bases del principio *pro persona*, pero sobre todo, estableciendo unos límites claros en términos de la llamada *interpretación conforme*.

II. LOS RETOS EN LA APLICACIÓN DEL CAMBIO DE PARADIGMA

Llegados a este punto, es necesario responder a la pregunta ¿dialogar implica una autorización abierta para inaplicar normas?

Como primer presupuesto, el diálogo entre jurisdicciones precisa de un estándar mínimo de unidad. Buscar el derecho que mejor proteja a la persona, tal como quedó establecido tras la reforma al artículo 1o. constitucional en junio de 2011, no implica una autorización abierta a todo juez para inaplicar el derecho nacional. O lo que es lo mismo, para buscar, a toda costa, de qué manera puede éste entender una disposición nacional como contraria a las normas y los principios de la CADH. Aquello volvería automático para todos los juzgadores del país preferir la aplicación de la norma interamericana en detrimento del derecho nacional.

Muy por el contrario, el compromiso tácito de buscar una *interpretación conforme* implica la obligación de buscar la forma en que la disposición nacional que se controvierte pueda leerse de manera armónica, que no contravenga las disposiciones internacionales vigentes en aquel ámbito normativo.¹⁰

⁹ Sobre la temática concreta y los últimos criterios emitidos por la SCJN en la materia, puede consultarse: Silva Meza, Juan N., “La transformación del concepto de matrimonio a partir del derecho a la igualdad y la no discriminación en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, *Tiempo de justicia. Voces responsables. Obra colectiva en homenaje a Sergio Valls Hernández*, 2016 (en prensa).

¹⁰ Luciani, Massimo, “L’interprétation conforme et le dialogue des juges”, en *Le dialogue des juges...*, *cit.*, pp. 694-698.

JUAN N. SILVA MEZA

Los operadores jurídicos mexicanos, sujetos a esta exigencia de unidad del orden normativo, nos vemos constreñidos a integrar el derecho como *interpretación conforme*; a la manera de un todo armónico incapaz de contrariar, ni a la Constitución nacional, ni a las normas internacionales para la protección de los derechos humanos (como la Convención Americana u otros instrumentos del sistema interamericano).¹¹

La intención de esta operación interpretativa se dirige a que el orden jurídico recobre su unidad sin tener que esperar el paso por las instancias sucesivas (y, menos aún, sin tener que llegar hasta las superiores). Es así como reglas de diversas jerarquías formales se equiparan para ser pasadas por un tamiz unificador, susceptible de hacerse realidad desde el primer momento en que el individuo tiene contacto con un juez. La armadura que protegía al tribunal, entendida ésta bajo la forma de una apreciación discrecional en el ámbito competencial de su jurisdicción, ha quedado sometida a lineamientos que habrán de normalizarse en los años posteriores.

Pero esto último tampoco permite aceptar que cada juez quedará invitado a buscar *su* interpretación válida, contribuyendo a que el orden normativo se torne en una maraña de lecturas jurídicas inconexas. Se trata, al contrario, de encontrar una interpretación conforme como piso común o regla básica que no sólo refiera a las reglas del juego y sus procedimientos con el suficiente grado de congruencia; sino también a los elementos que expliquen el sentido mismo del sistema jurídico, que se contienen, sobre todo, en sus principios fundamentales.

Leer un contrato, descifrar una cláusula arbitral, determinar el ámbito de un reglamento o de un código a la luz de los principios del sistema democrático, del Estado constitucional de derecho, de la Declaración Universal de 1948... Es así como el intérprete deberá hacer todo lo que esté a su alcance para dar coherencia a la norma nacional interpretada y no al revés. Pues si se plantea como primer propósito *cómo inaplicar*, el diálogo jurisdiccional se convertiría lisa y llanamente en un monólogo.

El carácter excepcional de una inaplicación normativa por motivos de convencionalidad podría generarse entonces con la fórmula: “*Las leyes no se declaran contrarias a la Constitución simplemente porque se les pueda atribuir interpretaciones inconstitucionales, sino porque resulta imposible asignarles una interpretación conforme a la Constitución*”.¹²

A nuestra Suprema Corte le toca acercar a todos los actores jurídicos mexicanos los elementos necesarios para propiciar no sólo este diálogo (como parece empezar a ocurrir y a permear hacia todos los tribunales del país). Se trata, sobre todo, de lograr que ese diálogo sea fructífero, respetuoso; que se vaya desarrollando sin afañes protagónicos y con la responsabilidad de lograr la mejor lectura posible de cada postulado.¹³

A veces, la *mejor protección* puede derivar de una norma de derecho interno. Pues no debemos olvidar que la nueva tarea de los jueces consiste en extraer lo mejor de cada uno de estos ordenamientos, encontrando un equilibrio normativo tendiente a

¹¹ *Compilación de instrumentos internacionales sobre la protección de la persona aplicables en México. Derecho internacional de los derechos humanos* (7 tomos), México, SCJN-OACNUDH, 2012. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/libro/Documents/InstrumentosInternacionales.pdf>. [Fecha de consulta: 23 de marzo de 2016].

¹² *Ibidem*, p. 697, énfasis agregado.

¹³ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Boston, Harvard University Press, 1986.

la armonización pensando en la persona. Como lo resolvió, por ejemplo, el Tribunal constitucional alemán en 2009, también es factible inaplicar una norma de derecho comunitario dando prioridad a una nacional.

En esa sentencia, el Tribunal señaló que el juez nacional puede incluso preferir aplicar una legislación subnacional (de uno de los *Länder*) sobre las disposiciones convencionales del CEDH en razón de una mejor protección individual a nivel interno. Concretamente, el Tribunal Alemán hizo a un lado la norma europea debido a que ésta podía atentar contra la *identidad constitucional* de los alemanes.¹⁴

En ocasiones, esta *mejor protección* de la persona se basa en disminuir la complejidad. El juez debe considerar que el aumento constante en la carta de derechos no es siempre sinónimo de una mayor protección de forma automática. La proliferación normativa puede incluso tornarse en una especie de interferencia entre derechos, donde la aparición de un nuevo derecho no siempre arroje un saldo positivo, jurisdiccionalmente hablando. De ahí que resurja la importancia de efectuar una evaluación de *proporcionalidad* de cada derecho consagrado en el orden normativo.

Este punto nos lleva a efectuar, por último, una rápida evaluación de una de las sentencias más relevantes que ha emitido la SCJN en los últimos años en materia de aplicación de normas internacionales en el ámbito interno. Luego de varios años de espera, y de reformas constitucionales y legales que dieron inicio al proceso, la SCJN resolvió en septiembre de 2013 una Contradicción de criterios entre dos tribunales colegiados y estableció una interpretación relevante que aclara algunos de los lineamientos y los contornos más importantes del diálogo jurisprudencial en el que los tribunales del país estamos ahora involucrados.¹⁵

Voces disidentes apelan a resistir contra una supuesta regresión. Pero al parecer, aquellas reacciones iniciales no son inhabituales. Junto con la noción de diálogo jurisprudencial, algunos tribunales constitucionales europeos han realizado interpre-

¹⁴ 2 BVerfGE 2/08 E.A., de 30 de junio de 2009, sobre la constitucionalidad del tratado de Lisboa. Cabe mencionar que esta decisión retoma en su casi totalidad la liga argumentativa de las decisiones *Solange I y II* así como la de la *constitucionalidad del Tratado de Maastricht* de 1993.

¹⁵ Al resolver la Contradicción de Tesis 293/2011, la Suprema Corte estableció que toda la jurisprudencia interamericana es vinculante para las autoridades del país en tanto su aplicación sea más protectora de los derechos de las personas.

Puede afirmarse, por tanto, que la jurisprudencia mexicana se ha ampliado considerablemente puesto que, de acuerdo con un estudio realizado en conjunto por la Suprema Corte y la propia Corte IDH, la jurisprudencia de esta última contiene al menos 29 000 conceptos en materia de derechos humanos y más de 50 000 relaciones explícitas e implícitas entre ellos.

En el mismo sentido y en congruencia con fallos recientes derivados de las sentencias condenatorias emitidas por la Corte Interamericana en contra de México, la Suprema Corte amplió el alcance de la jurisprudencia nacional al aceptar la vinculatoriedad de la expedida por el tribunal de San José.

Después de Radilla, se produjo contra el Estado mexicano otra condena por parte de la Corte IDH (*Inés y Valentina*). Dos mujeres indígenas fueron violadas por militares; que no fueron sancionados ni llevados ante los tribunales ordinarios. Su caso fue decidido en un tribunal militar. En otra consulta resuelta en el Pleno de la SCJN el 11 de mayo de 2015 (Varios 1396/2011), se confirmó que todas las sentencias de la Corte IDH son obligatorias para todos los tribunales de México, tanto si México es parte como si no. Y, por lo menos, una mayoría amplia de los ministros votaron en este mismo sentido de protección. Lo anterior aumentó la mayoría a 8 de los 11 ministros (en lugar de 6, como en la CT 293/2011).

JUAN N. SILVA MEZA

taciones que permitieron esquivar obstáculos que el derecho interno parecía anteponer a la normalización del derecho internacional en sede nacional.¹⁶ Pero en otras resoluciones, los mismos tribunales fijaron determinadas modalidades previas como condición para que un tratado con cláusulas inconstitucionales pudiera regir en el ámbito interno. Acaso tendremos que admitir que frente a una Constitución nacional, la universalidad de los derechos humanos no es del todo absoluta.

Lo cierto es que los avances doctrinales de los últimos años replantean esta nueva realidad constitucional, que busca evolucionar, hacia una *doctrina constitucional común*, capaz de armonizar la norma interna con la exterior.

Entiendo, entonces, que al crear un *Jus Commune* constitucional no se pretenda homologarlo todo para lograr que un bloque de países equiparables adquiriera las mismas reglas y las mismas maneras de aplicar el derecho. El respeto a las particularidades nacionales también se relaciona con el contexto en que las normas deban aplicarse. Una lectura respetuosa de las respectivas culturas constitucionales nacionales se convierte en un factor de integración entre órdenes normativos.

En esa perspectiva, en noviembre de 2012 la Suprema Corte de México tuvo la oportunidad de convocar, junto con la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, a una primera Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales cuyo propósito fue trazar las líneas de este diálogo jurisprudencial. Veinticinco presidentes o representantes de tribunales nacionales de cuatro continentes, acompañados por representantes o presidentes de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvimos oportunidad de dialogar por primera vez, en directo. Como producto de estos trabajos, se llegó a un consenso sobre seis puntos que constituyen la Declaratoria Final de la Cumbre,¹⁷ y a una edición trilingüe de los trabajos encargados a los jueces participantes.¹⁸ Puede encontrarse en: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cumbre/>.

Llegados a este punto, vale la pena reflexionar en torno a los confines del diálogo, o las *reservas constitucionales a los tratados*.

En derecho internacional, es un principio de *jus cogens* que los tratados internacionales en materia de derechos humanos no impidan que las Constituciones establezcan límites y restricciones a los mismos.

Para muestra, la Carta Europea de Lenguas Regionales y Minoritarias, suscrita en Budapest en 1998, causó reacciones diversas en países del continente.¹⁹ En términos constitucionales, la promoción de lenguas en peligro de desaparición y, sobre todo, el reconocimiento de derechos colectivos a las minorías parlantes de estas len-

¹⁶ Decisión 2004-505 DC del Consejo constitucional, de 19 de noviembre de 2004, sobre el control previo de constitucionalidad del Tratado de Lisboa.

¹⁷ Disponible en: http://www.sitios.scjn.gob.mx/cumbre/sites/default/files/materiales/DECLARACION_FINAL_ESP.pdf. [Fecha de consulta: 26 de marzo de 2016].

¹⁸ *Un diálogo entre jueces. Trabajos de la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales*, México 2012, SCJN. Disponible en: http://www.sitios.scjn.gob.mx/cumbre/sites/default/files/materiales/Un_dialogo_entre_jueces.pdf. [Fecha de consulta: 26 de marzo de 2016].

¹⁹ Jensdotir, Regina, “Qu’est-ce que la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires?”, *Hérodote: Revue de Géographie et de Géopolitique*, vol. 2, núm. 105, 2002.

guas, podía ser leída como intrusiva frente a principios consagrados por el derecho nacional. Esto fue considerado así tanto en Italia como en Francia. Sobre este último caso, el Consejo constitucional francés declaró inconstitucionales varias cláusulas de la Carta mencionada, por considerarlas atentatorias a los principios de indivisibilidad de la República y de igualdad ante la ley. Por virtud de la justicia constitucional, el esquema constitucional actual impide que lenguas distintas al francés sean empleadas en el ámbito público.²⁰ Cuando el aludido diálogo entre jurisdicciones se produce, algunos tribunales también han leído determinados preceptos constitucionales nacionales que no podrían sino traducirse en restricciones concretas al contenido de tratados en la materia. Y esto ha sido así porque las Constituciones nacionales pueden instaurar condiciones específicas a la vigencia de los tratados, que sólo se explican por el carácter irreductible de todo Estado.

La excepción jurisdiccional que más se cita en este sentido en el ámbito europeo fue la establecida por el Tribunal constitucional alemán en los casos *Solange I y II*. La primera de estas sentencias estableció con claridad que la jurisprudencia del tribunal de Luxemburgo no debía predominar de forma sistemática y prioritaria.

La aplicación del derecho europeo en el ámbito interno dependería entonces de comprobar que la aplicación de una norma comunitaria no restringía las bases constitucionales de la República Federal Alemana. El derecho europeo tendría que significar una protección al menos equivalente para el individuo del que se podría obtener con el derecho interno.²¹

En *Solange II*, el Tribunal alemán completó el criterio anterior, estableciendo que su jurisdicción no interferiría cuando los tribunales europeos aseguraran una lista equivalente de derechos fundamentales protegidos.²² De esta forma, la justicia constitucional alemana optó por no aplicar de forma absoluta los criterios antes citados del caso *Costa vs. Enel*, que parecían imponer la primacía absoluta del derecho europeo en sede interna.²³

Ahora bien, esto no significa que un tratado no pueda considerarse obligatorio luego de una revisión interna de constitucionalidad. Previo a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht en 1992, los tribunales constitucionales de Alemania, Portugal, España y Francia se dieron a la tarea de emitir resoluciones a manera de advertencias al constituyente permanente: “o se reforma la Constitución, o se imponen reservas al tratado, pero en el estado en que se negoció, este tratado no puede tener vigencia”. Los países señalados reformaron sus Constituciones, y por virtud de la ampliación competencial correspondiente, el Tratado pudo entrar en vigor.

En nuestro país, la SCJN resolvió el 3 de septiembre de 2013 la Contradicción de Tesis 293/2011, quedando aclarados tres aspectos fundamentales para la aplicación del derecho internacional en sede interna. Desde ahora, *a)* todo el corpus de jurisprudencia de la Corte IDH (y no sólo las sentencias condenatorias contra el Estado mexicano) se entiende vinculante para las autoridades mexicanas *siempre*

²⁰ Decisión núm. 99-412 DC de 15 de junio de 1999.

²¹ *BVerfGE* 37, 271 de 29 de mayo de 1974.

²² *BVerfGE* 73, 339 de 22 de octubre de 1986.

²³ *Supra*, n. 41.

JUAN N. SILVA MEZA

y cuando implique una mejor protección para las personas; b) los derechos humanos contenidos en nuestra Constitución tienen la misma jerarquía, o si se prefiere, el mismo valor constitucional frente a los establecidos en tratados internacionales; y c) los derechos humanos consagrados en la Constitución pueden limitarse, siempre y cuando tales restricciones estén contenidas en el propio texto constitucional.

Cabe señalar que al referirse al tercero de estos aspectos, nuestra solución contrasta con la adoptada en países europeos, donde por virtud del diálogo entre tribunales, se optó por fijar las bases para ir definiendo la obligatoriedad del derecho europeo en cada caso.

En Francia, el juez constitucional no está llamado a analizar actos de aplicación de tratados, dado que éstos se equiparan con el control de legalidad. En aquel país, el control de legalidad conforma una competencia exclusiva de las jurisdicciones de primer contacto con el ciudadano (en cuya cúspide se sitúan el Consejo de Estado y la Corte de Casación).

Y aun así, al analizar unos requisitos que se impusieron a los electores de los territorios de Nueva Caledonia,²⁴ que parecían distintos a los exigidos a los electores residiendo en la Francia metropolitana, ambas jurisdicciones se pronunciaron en el mismo sentido, afirmando no poder poner en duda la supremacía de la Constitución francesa sobre los tratados.²⁵

Aquello, sin que significara que el Estado se estuviera escudando tras de su derecho para evitar cumplir con los contenidos de un tratado.²⁶ El juez constitucional sólo se puede pronunciar antes de la entrada en vigor de tales instrumentos internacionales, por medio del control de constitucionalidad de tratados.

Sin duda sería útil explorar el funcionamiento de aquel mecanismo preventivo de regularidad constitucional de normas internacionales, antes que éstas inicien su vigencia, a efecto de incorporarlas al ámbito del contencioso constitucional mexicano.

En efecto, el control previo de los tratados (que igualmente existe en Alemania y en España) permitiría revisar los términos de la negociación diplomática de un instrumento internacional (pudiendo entonces determinar el predominio de cláusulas contrarias a éstos, inscritas en la propia Constitución nacional). Además, en dicha

²⁴ Isla del Pacífico sur, a más de 1 000 km de Australia, que en 1999 adquirió un estatuto legal particular para los asuntos internos, con una asamblea territorial y una moneda propia. Aunque el estatuto no otorga derechos electorales equivalentes entre franceses y kanaks, aquella situación de excepción será resuelta luego de 2014, año en que está previsto un referéndum que determine el tipo de adscripción de la isla con la metrópoli.

²⁵ En el caso *Sarran, Levacher y otros*, resuelto el 30 de octubre de 1998 por la Sección contenciosa del Consejo de Estado francés, se determinó que al contrastar la disposición de un Tratado frente a disposiciones tanto de la Constitución como de la Declaración de 1789 (con valor constitucional en Francia), su control debía basarse en un ejercicio que sólo se habría podido efectuar de manera preventiva por el Consejo constitucional. Pero que de ninguna manera podría darse prioridad al orden internacional sobre el interno.

²⁶ Sobre este punto concreto, el Consejo de Estado se pronunció el 2 de junio de 2000, en el caso *Pauline Fraisse*, aunque esta vez el análisis incluyó al derecho nacional (al que se habría atribuido carácter constitucional por virtud de formar parte del derecho electoral), confrontado con normas del sistema europeo (en concreto, la CEDH) pero también del sistema internacional (en la especie, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

operación, los criterios de jerarquía de los tratados frente a la Constitución no deben representar el único aspecto a considerar. Recordemos que en el contexto mexicano, se pudo evitar una evaluación basada únicamente en aspectos jerárquicos gracias al sentido eminentemente favorable al individuo que impuso en el nuevo artículo 1o. constitucional el principio *pro persona*.

Sin embargo, la normalización del diálogo jurisprudencial parece una operación que tomará tiempo asimilar entre todos los actores jurídicos en nuestro país. Los días posteriores a los que la SCJN resolvió la citada Contradicción de Tesis 293/2011, se generó un debate público respecto de aparente inconventionalidad de las restricciones constitucionales impuestas a los derechos humanos *en la propia Constitución*. Un sector del foro jurídico calificó la sentencia como regresiva, decepcionante, incluso irrespetuosa de los derechos humanos. Tales percepciones parecían basarse en la creencia de que el ejercicio de los derechos humanos no puede sujetarse a restricciones y a límites.

En el caso mexicano, la cláusula que algunos invocan “inconventional”, fue la detención provisoria prolongada, introducida en nuestra Constitución en 2008 en el artículo 16, párrafo octavo.²⁷ Aunque de su sola lectura se puede advertir que obsequiar una orden de arraigo solicitada por el Ministerio Público no es una obligación para los juzgadores.

Otra razón que explica la reacción contra la sentencia citada de 2013 se basa en que desde 2005, el Pleno de la SCJN había declarado la inconstitucionalidad del artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, que instauró el arraigo, aunque el texto de la Constitución federal nada mencionara al respecto.²⁸

Esta primera sentencia sirvió de base para que el Estado mexicano recibiera recomendaciones internacionales dirigidas a la supresión o revisión de estas medidas de excepción en el procedimiento penal. Pero la reacción del constituyente permanente fue más bien la contraria, modificando la Constitución en 2008 para, en ejercicio de sus atribuciones soberanas, incluir el arraigo como una excepción dentro de la propia Constitución. Dos años después de esta reforma, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas reiteraba una recomendación donde sugería al Estado mexicano la eliminación de esta práctica.²⁹

²⁷ “La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días”.

²⁸ Amparo en revisión 99/2005 de 13 de abril de 2005.

²⁹ “[A] la luz de la decisión de 2005 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la inconstitucionalidad del arraigo penal y su clasificación como detención arbitraria por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, el Estado parte debe adoptar todas las medidas necesarias para eliminar de la práctica toda detención mediante arraigo, y esto, tanto a nivel federal como estatal”. Véase el Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

JUAN N. SILVA MEZA

Ahora bien, después de introducir esta disposición en el texto constitucional en 2008, la SCJN todavía no ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación con leyes secundarias que reglamenten el arraigo a partir del texto constitucional. Lo cierto es que a partir de la reforma de 2011 al artículo 1o. constitucional, toda interpretación respecto de una persona sujeta esta medida cautelar de excepción, deberá realizarse en el marco hermenéutico del 2011, del principio *pro persona*.

Es oportuno aclarar además que al resolver la Contradicción 293/2011, la SCJN no decidió que las restricciones expresas a los derechos de las personas se aplican automáticamente y de forma sistemática. Los jueces mexicanos de todos los niveles, convertidos en jueces de convencionalidad, deben efectuar ejercicios de ponderación para hacer efectivos esos límites. Y estos límites sólo se entienden en armonía principio *pro persona*. Los derechos pueden ser limitados, incluso para lograr la mejor protección.

III. CONCLUSIONES. PROPUESTA DE RAZONAMIENTO PARA EFECTUAR UNA DE LAS ESPECIES DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

Con esta cuestión clarificada y dado que el sentido de lo resuelto en la Contradicción de Tesis 293/2011 siempre implicará un control difuso de constitucionalidad, a causa de que las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales son una pieza más que forma al parámetro de control de regularidad.

Aclaro que es una de las especies del control difuso en atención a que, una segunda connotación de tal control, la Corte Interamericana, la ha desarrollado en el marco de su resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia para el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, el 23 de noviembre de 2012; y en su resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia para el caso *Gelman vs. Uruguay*, el 20 de marzo de 2013, en el sentido de que los Estados parte en un juicio ante ella tienen la obligación de verificar y garantizar que todas sus autoridades competentes cumplan o por lo menos no obstaculicen la ejecución de los fallos de ese Tribunal.

Me animo a realizar esta propuesta de método para practicar o ejercer la otra especie del control difuso, la fundada en el ajuste del marco interno al internacional y consistente en la delimitación del derecho aplicable para resolver un caso concreto a partir del diálogo normativo entre la legislación interna de un país y la derivada de los tratados y la interpretación que de ellos se ha hecho en sede internacional, porque estimo que las contribuciones en ese sentido representan un reto pendiente de encarar por los órganos jurisdiccionales.

Los jueces deben decidir el derecho aplicable al caso concreto y juzgar sobre esa base los hechos sometidos a su jurisdicción, pero para que en realidad dialoguen por conducto de sus sentencias, se debe asumir y aceptar que el criterio propio no puede variar de un caso al siguiente sin explicación alguna, que el razonamiento por el cual se llega a una decisión tiene que ser comprensible para las personas que buscan

la tutela jurisdiccional y que debe existir la posibilidad de ajustar el criterio judicial a la luz de los estándares más benéficos que se desarrollen en sedes internacionales.

Para el logro de estas metas, estimo necesario algún método para ejercer un control de convencionalidad *ex officio*, pues en su ausencia siempre quedará latente la tentación de decidir lo que se plazca so pretexto de practicar un control difuso en defensa de derechos humanos bajo la guía del principio *pro persona*, como si ello pudiera excusar la argumentación jurídica que debe sustentar cada auto y resolución que se emita.

Atender el principio *pro persona*, cumplir las obligaciones constitucionales y convencionales en defensa de las personas y asumírnos como garantes de sus derechos humanos, no sustituye el deber primario del juez para motivar y fundar sus resoluciones. Al contrario, hacer todo ello a través del ejercicio de un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*, refuerza la exigencia para construir nuestras determinaciones con argumentaciones jurídicas sólidas.

En esa lógica, desde el ámbito de competencia de la Judicatura, la propuesta de método para ejercer un control difuso, misma que pongo a su consideración y que busca hacer eco de lo decidido en la contradicción de tesis 293/2011, a la vez que ilustrar un diálogo jurisprudencial, y a la luz de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, consta de las siguientes *tres fases*:

Primera: identificar los derechos humanos en juego. Esta etapa resulta fundamental porque en el momento en el que se confirme el involucramiento de algún derecho en el caso sometido a tutela jurisdiccional, se detona la observancia de las obligaciones de fuente constitucional y convencional correlativas, desde el respeto hasta la garantía del derecho de que se trate, de la prevención a la reparación de sus violaciones, y siempre en el ámbito de competencias y la regulación procesal conducentes.

En una frase, se activa el deber de practicar un control *ex officio* a la luz de las fuentes que conforman al parámetro de control de regularidad. La adecuada argumentación en esta fase requiere conocer los contenidos y alcances mínimos que se han desarrollado respecto de los derechos en juego, tanto en sede normativa como jurisprudencial, y desde el ámbito de origen interno como internacional. De lo que se trata es de *delimitar* a esos derechos a fin de identificar la manera en que se impactarían con la resolución en un sentido o en otro de la cuestión efectivamente planteada ante el órgano jurisdiccional.

La idea que subyace es que no se puede cambiar con cada resolución, por ignorancia o desconocimiento, la continuidad de contenidos de los derechos. Lo que por supuesto no conlleva que esté vedado avanzar progresivamente, pero con un conocimiento de causa. En este aspecto, herramientas como el Buscador Jurídico en Materia de Derechos Humanos, resultarán particularmente útiles, a fin de conjugar los alcances de un derecho con los criterios desarrollados en sede interamericana, los cuales deberán completarse con precedentes universales y nacionales.³⁰

³⁰ Lo cual muestra como los esfuerzos por acercar la internacionalización de los tribunales sobrepasa la mera actividad jurisdiccional, trasladándose a los ámbitos administrativos, de los servicios técnicos de los tribunales. Durante los cuatro años en que presidí la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que culminaron el último 31 de diciembre de 2014, surgió la imperiosa necesidad de fomen-

JUAN N. SILVA MEZA

Segunda fase: poner de manifiesto el contraste normativo aparentemente existente entre las fuentes de origen interno y las internacionales que regulan la cuestión efectivamente planteada.

Se ha dicho ya que lo que funda al control difuso es, entre otros, el deber de armonizar las fuentes siempre que resulte ser lo más favorable para las personas, a fin de delimitar el derecho aplicable para resolver un caso concreto sometido a una jurisdicción. Pues bien, si ello es así, entonces se requiere, en primer lugar, invocar todas las *fuentes normativas internas* que se estimen pertinentes para atender al caso concreto, así como las consecuencias que de ellas se desprenden para su resolución, si exclusivamente fuera sobre su base que se decidiera.

Tras lo anterior, habría que invocar todas las *fuentes normativas internacionales* que se estimen pertinentes para atender al caso concreto, así como las consecuencias que de ellas se desprenden para su resolución, si exclusivamente fuera sobre su base que se decidiera.

Ahora bien, en ambos pasos la exigencia argumentativa no se agota con un simple listado de fuentes normativas. De lo que se trata es de justificar la pertinencia de cada fuente propuesta para atender al caso concreto. Además, no puede darse cualquier interpretación a las fuentes empleadas, ni tomarlas a la letra como si no impactaran unas en otras y como si no tuvieran que explicarse armónica o sistemáticamente.

La diferencia entre esta fase y la anterior descansa en que en la primera etapa de este método lo que se busca es ubicar los contenidos de los derechos en juego, mientras que en esta otra el objetivo es identificar todas las disposiciones que tienen relevancia para decidir la cuestión efectivamente planteada, lo que va más allá de los derechos del caso.

Y si bien en ambos pasos de esta segunda fase se exponen por separado las fuentes normativas de origen interno y las de origen internacional, ello no significa que al interior de cada uno de esos ámbitos se renuncie a buscar la armonización de cada una de las piezas normativas relevantes. Así, cada ley interna debe interpretarse conforme a la Constitución y buscar ampliar la protección de los derechos en juego, al igual que cada precepto contenido en los múltiples tratados internacionales que pudieren tener aplicación debe emplearse sólo si es conforme al principio *pro persona*.

Realizadas estas operaciones argumentativas es posible avanzar a la *tercera* fase consistente en pronunciarse por cuál de los conjuntos de fuentes normativas, el interno, el internacional o bien una tercera posibilidad que resulte de interpretar armónicamente ambos, aplicado sistemáticamente hacia dentro, resulta ser el que más

tar el intercambio de información jurisprudencial. Junto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, trabajamos de la mano con su anterior Presidente, don Diego García Sayán, y se creó un Buscador Jurídico Interamericano, que puede consultarse en: <http://www.bjdh.org.mx/BjDH/>. [Fecha de consulta: 26 de marzo de 2016].

Que siendo consultable de manera gratuita al día de hoy se ha convertido en una herramienta de uso cotidiano que contribuye a mejorar el sistema de protección de los derechos de las personas a nivel continental. Igualmente, México forma parte de la Comisión de Venecia, asegurando cada trimestre el envío de criterios relevantes en inglés y francés.

amplía la protección de los derechos humanos involucrados en la resolución de la cuestión efectivamente planteada.

Al resolver el expediente varios 912/2010, el Pleno de la Suprema Corte de este país señaló que una interpretación conforme en sentido amplio conlleva el deber de interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo la protección más extensa a las personas.

Por su parte, advertimos que la interpretación conforme en sentido estricto conlleva que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente posibles, se debe preferir la que hace a la fuente normativa interpretada acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que México sea parte, para evitar vulnerar o alterar el contenido esencial de los derechos humanos en juego.

En estos casos, la exigencia argumentativa consiste en explicar de qué manera el conjunto de fuentes normativas de origen interno pueden variar de significados y alcances para resolver la cuestión efectivamente planteada, si se les interpreta conforme al bloque de fuentes normativas de fuente internacional, a fin de conjugar ambos bloques para llegar a la solución más benéfica para el caso juzgado.

A final de cuentas, lo indispensable es tomar en cuenta todos los elementos o piezas normativas que conforman al parámetro de control de regularidad, sin que se llegue al extremo de inaplicar alguna disposición constitucional, pero donde sí es necesario interpretarlas conforme a los compromisos internacionales que se tienen en materia de derechos. Si después de todo ello, las fuentes normativas de origen interno imponen un obstáculo insalvable para proveer la mayor protección posible a los derechos involucrados, entonces lo que procede, como último recurso, es desaplicarlas o invalidarlas según se tenga competencia para una u otra de las alternativas.

Pero incluso ese desenlace en el ejercicio de un control difuso no puede asegurar que se llegue a la respuesta adecuada para atender la cuestión efectivamente planteada, pues si no se pierde de vista que lo que se buscó en todo momento fue delimitar el marco normativo aplicable a ella, es posible anticipar que si al final permanecen encontrados dos derechos de las partes contendientes, su oposición solamente podrá resolverse con la ayuda de otras herramientas como lo es el juicio de ponderación.

En síntesis, hay una propuesta que busca no sólo dar cuenta de la experiencia mexicana en torno a la recepción del control difuso *ex officio*, sino además hacerle ciertos ajustes para ponerla en sintonía con las más recientes determinaciones del Pleno de la Suprema Corte de México, a modo que no se entablen diálogos vacíos, sino verdaderos intercambios.

