

## LA IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO

Ángel Gilberto Adame



Uno de los principales retos que enfrenta el derecho en México es el de cerrar la brecha que existe entre las normas dadas por los tratados internacionales y los preceptos constitucionales, vincularlos a las leyes secundarias y garantizar su debida observancia. Esta sincronización, aunque en apariencia sutil, termina por dimensionar los conflictos que surgen en el momento en que se busca la aplicabilidad ostensible de las leyes en un caso particular. Julieta Morales y Sergio García Ramírez, en relación con la convencionalidad que los jueces deben aplicar para introducir las disposiciones internacionales en la Constitución, precisan que “no se trata simplemente de una imposición de la norma internacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional y también derivado de la obligación de respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales”.<sup>1</sup> Entonces, ¿cómo ha de solucionarse este dilema? Antes de responder a esto, creo necesario analizar el problema que acucia tal conjugación, es decir el de aplicación de los derechos fundamentales, y luego definir el conflicto que suponen los factores económicos y políticos que, desde mi punto de vista, concretan la ambigüedad existente en los criterios de convencionalidad entre las normas internacionales y las constitucionales.

Actualmente, se habla a diestra y siniestra sobre los paradigmas jurídicos como si estos fueran, más que ejemplos concretos advenidos con las circunstancias históricas, axiomas que permitieran definir y puntualizar esquemáticamente los procedimientos. Esto sugeriría que el derecho trabaja con la rigurosidad racional propia de las ciencias exactas, cuestión que, sin

---

<sup>1</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos (2009-2011)*, México, Editorial Porrúa, 2015, p. 262.

embargo, negó Hans Kelsen al definirlo como un constructo humano, dado por la transformación de la sociedad, no por la naturaleza,<sup>2</sup> confiriendo sólo así certeza de su aplicabilidad. De esta manera, sujeto a la cambiante estructura social y a las transformaciones epistémicas, el derecho modifica sus bases prácticas paulatinamente. No es, por tanto, que dicte principios universalmente válidos, sino que, subordinado incluso a la contingencia de los pronunciados por otros saberes, se adecua a ellos. José Isidro Saucedo opina que “es el mismo pensamiento de quien comienza por rechazar lo establecido y propone un nuevo sistema reflexivo”,<sup>3</sup> y ese dinamismo es el que encamina a la disciplina jurídica a su función de normar lo fáctico.

Hoy en día, es aceptable asegurar que el respeto a los derechos humanos es el principal soporte de toda nuestra legislación. Aún más, puede afirmarse que se han convertido también en piedra angular de la moralidad en tanto que ponen límites específicos, aunque no necesariamente unívocos, al comportamiento humano.

En términos generales, se puede sustraer de estos preceptos una idea que en diversos ámbitos como la filosofía, la sociología y la antropología ha causado no pocos dilemas, pero que hoy en día marca la pauta de una moral, es decir, la igualdad. De hecho, el derecho humano, atendiendo al segundo término del binomio, parece no permitir ninguna clase de ambigüedad en lo relativo a principios, pues, de acuerdo con los modelos actuales, todo aquel que es humano posee derechos por el simple hecho de serlo. Y ya desde la valoración biológica moderna, y aun desde la jurídica, no se puede afirmar ninguna diferencia *sustancial* entre humanos. Así consta también en el artículo séptimo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, “iguales ante la ley”.<sup>4</sup>

Sin embargo, el artículo citado no determina ninguna idea concreta de aplicación, sino al contrario, evoca una acepción que, por su generalidad, se convierte en una categoría universalmente válida para cualquier legislación. Ahora bien, la aplicabilidad de una constitución y de las sentencias de la Corte Internacional de Derechos Humanos puede ser disímil y causar conflictos en casos particulares, en cuanto que las primeras no pierden su autonomía regulatoria. Si bien, ante ello, los jueces están facultados para armonizar las sentencias del derecho internacional con el nacional e inapli-

---

<sup>2</sup> KELSEN, Hans, “Derecho y naturaleza”, *Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 17.

<sup>3</sup> SAUCEDO GONZÁLEZ, José Isidro, “Pensar el Derecho como no ciencia”, p. 10.

<sup>4</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 7. Consultado en línea el 14 de marzo de 2017 en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

car las leyes que consideren transgresoras de la Carta Magna mediante un sistema de control constitucional-convencional, cabe preguntar: ¿cómo se llega a un derecho cierto que no sea susceptible de caer en interpretaciones y resoluciones retóricas, avenidas, asimismo, de consideraciones parciales y arbitrarias dadas por la convencionalidad?

## I. CONSIDERACIONES DEL PRINCIPIO *PRO PERSONA*

Antes de responder a esta cuestión, es pertinente examinar algunos puntos, entre ellos el engrose del expediente “varios 912/2010” aprobado por la Suprema Corte en la sesión privada del 20 de septiembre de 2011.<sup>5</sup> A mi parecer, una cuestión que se suscita como consecuencia de esta determinación (ya establecida desde la Constitución de 1917 e ignorada por los jueces y las instituciones), además del conflicto de convencionalidad, es el de la soberanía, cuya defensa no es un tema baladí por mucho que las disposiciones internacionales hayan sido aceptadas. En algunos votos diferentes acerca del engrose mencionado, se afirmó que es inconcebible que México pierda su autonomía y que relegue la Constitución a segundo plano.<sup>6</sup>

Pero si los tratados internacionales de derechos humanos son universales, y por tanto sugieren prioridad respecto de la Constitución, ya no es adecuado considerar la soberanía nacional como referencia excepcional. Zagrebelsky, por su parte, abunda más en esta disyunción ejemplificando la desvalorización de la autodeterminación con el proceso de unificación que han sufrido los Estados europeos a finales del siglo XX y a principios del XXI.<sup>7</sup> Aunque tal interdependencia política se encumbra especialmente en la conveniencia económica y no en el derecho, no obstante, deja entrever que la defensa legítima de la soberanía comienza a quedar en desuso a partir de las transformaciones sociales.

El principio *pro persona* enuncia, subrepticamente, las diferencias *per accidens* entre los individuos. Quiero decir, supone la igualdad *sustancial* entre los hombres y su dignidad unívoca sin distinciones, pero no deja de lado la consideración de sus diferencias. Justamente es por éstas por las

---

<sup>5</sup> “Es un hecho inobjetable que la determinación de sujeción de los Estados Unidos Mexicanos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una decisión ya consumada del Estado mexicano”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; MORALES SÁNCHEZ Julieta, *op. cit.*, p. 257.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 258.

<sup>7</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, “Los caracteres generales del derecho constitucional actual”, *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 9-15.

cuales se vuelve necesario y aplicable. Lo que importa, en cualquier legislación, es la protección de los derechos humanos, pero no se trata de cobijar a toda costa al sujeto, sino de procurarle la mayor protección posible sin desconocer las normas inherentes al orden procesal.

Con lo anterior, los tratados internacionales a favor de este principio pueden ser los supuestos jurídicos de una legislación, pero no pueden determinar de manera absoluta su modo de aplicación, pues ésta pertenece al orden jurídico nacional. Ahora bien, si la dificultad de aplicación estriba precisamente en la diferencia esencial de los ordenamientos y su aplicabilidad, el problema que se presenta en realidad es falso, ya que el *pro persona* ostenta validez universal y, con base en ello, los procedimientos no deberían entablar disputas por la prevalencia de las metodologías adoptadas. De este modo, no parece que el perfeccionamiento de los criterios de convencionalidad sea lo más urgente de este rubro, sino la armonización entre los tratados y la Constitución.

Por lo tanto, la soberanía constitucional no se pierde, pero sí queda supeitada a los principios del derecho humano por ser anteriores a ella. Ciertamente, esta subsunción es más categórica que de facto. Lo que resta decir es que no se trata de uniformarlos en un sistema mundial legislativo, sino de limitar y controlar las diversas legislaciones en aras de la dignidad humana. Por ende, el principio *pro persona* no es un problema de identidad ni de soberanía nacional como algunos afirman,<sup>8</sup> sino una resolución que, atendiendo a la multiplicidad política, trata de regular las leyes en favor de los individuos. No obstante, como ya se mencionó, la regulación no debería ir por el lado de la convencionalidad, sino de la armonización. Así, el derecho es cierto y positivo siempre que el texto enuncie los principios que la Constitución debe acatar y, al mismo tiempo, los procedimientos que él mismo fija para garantizar no sólo la protección al individuo, sino el respeto al propio ordenamiento.

Otro problema que se deriva de esto, y que encuentro fundamental, es que muchos juristas han buscado cerrar la brecha proponiendo la argumentación como un puente para reparar la distancia entre los ordenamientos; tal es el caso de Manuel Atienza, quien justifica la importancia de la argumentación como una construcción de teorías que llenen las lagunas vinculantes en el derecho, sin someter a juicio previamente las limitaciones propias de ella en función de la certeza jurídica.<sup>9</sup> Y aunque la idea de un

---

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> ATIENZA, Manuel, "Constitución y argumentación", en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, 2008, p. 21.

vínculo comunicante entre los ordenamientos puede ser seductora, el vacío que hay entre estos no deja de ser perceptible cuando transitamos de un extremo al otro. La cuestión estriba en que la argumentación por sí misma sólo da certeza al derecho provisionalmente, por lo que su función se limita a la de una metodología adoptada para subsanar y consolar la diferencia existente entre las normas nacionales e internacionales. A mi juicio, ésta es un medio, pero no un fin en la aplicación del derecho. De modo que la distancia debe cerrarse con la subordinación gradual del orden constitucional al orden internacional para evitar todas las complicaciones que devengan, ya no sólo de la vinculación entre los ordenamientos, sino también de la estructura social en que se suscitan, especialmente porque la certidumbre es la que hoy se ha perdido en México.

## II. MATICES POLÍTICOS Y ECONÓMICOS DENTRO DEL PROBLEMA DE LA CONVENCIONALIDAD EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El derecho mexicano está subordinado a la economía y a la política. Los ejemplos abundan. Económicamente hablando, debemos considerar que éste, circunscrito a la modernidad capitalista, no puede sustraerse ni voluntaria ni involuntariamente de su sistema. Antes bien, padece de todos los detrimentos intrínsecos de su desarrollo. Así, no podemos soslayar el hecho de que el capitalismo moderno trae consigo una contradicción esencial al principio *pro persona* que se enunció anteriormente. Para matizar este problema, es preciso señalar las particularidades socio-políticas dirigidas al tema de la igualdad y la inclusión dentro del capitalismo.

La forma en que el orden capitalista ha enfrentado los problemas de desigualdad y exclusión es a través los criterios de universalización diferencialista y antidiferencialista que describe Boaventura de Sousa Santos,<sup>10</sup> de los cuales se ha adoptado el segundo. En mi opinión, se debe precisar que el antidiferencialismo no suprime las diferencias *per accidens* que ya señalé, sino que, como en el mencionado principio, funciona reduciéndolas a un punto de valor único.

Pero como el antidiferencialismo se encuentra inscrito dentro del sistema socioeconómico acuciado por el capitalismo y por la eventualidad histó-

---

<sup>10</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia*, Santiago de Chile, Revista de Interculturalidad, Octubre 2004-Marzo 2005, Año 1, Núm. 1, p. 12.

rica de la caída de la socialdemocracia, no se puede negar que de pronto se convierta justamente en lo contrario, en una homologación que favorezca la desigualdad y la exclusión. El antidiferencialismo está subordinado al sistema y depende de éste, aunque no necesariamente; y que su dependencia no sea obligatoria es lo que abre la puerta para gestionar algún cambio que propicie la certeza jurídica que garantiza, a través de la Constitución y las instituciones nacionales, igualdad a los individuos.

Para tener más clara la finalidad de esta idea, se debe enfatizar que la igualdad y la exclusión no pertenecen, en primera instancia, al mismo ámbito. Por un lado, la desigualdad es efecto de los movimientos intestinos de la economía que, en función de los bienes materiales y el capital producidos por un individuo, tiende a generar un desequilibrio de valor entre las clases sociales. Por su parte, la exclusión es consecuencia de la conformación del sistema político, en el que las diferencias están basadas en los aspectos físicos, raciales, psíquicos o sexuales de las personas. En este sentido, la exclusión tiene lugar gracias a ciertos criterios normativos que dicta la sociedad misma. Sin embargo, esta dicotomía se homologa en el capitalismo de tal manera que igualdad y exclusión se confunden y se dan en ámbitos distintos: la desigualdad como fruto de lo político y la exclusión como consecuencia económica.

En efecto, aunque la universalización antidiferencialista busca la inclusión y la igualdad entre las personas ante la ley y la sociedad, el sistema capitalista de corte neoliberal, vigente en nuestro país desde la década de los ochenta, ha propiciado que los sectores anteriormente marginados se encuentren ahora en un estado de desigualdad; y viceversa, que los que anteriormente se hallaban en condiciones desiguales, ahora se encuentran excluidos.

Nuestro neoliberalismo ha permitido una mayor participación de los particulares en las actividades económicas, influyendo en ello decisivamente la ley de la oferta y la demanda, pero esto también ha implicado que se deje de lado la regulación y el fortalecimiento de las instituciones estatales como garantes de los derechos de las personas a recibir los servicios de ley que les corresponden.

Si a lo anterior añadimos la noción de que el derecho está, subrepticamente, politizado, no cabe duda de que el problema sobre la armonización entre los tratados internacionales y el derecho constitucional se vuelve cada vez más amplio y complejo. En efecto, Ducan Kennedy sugiere que, incluso desde su enseñanza en el ámbito académico, el pensamiento jurídico “opera como una visión del mundo que reconcilia a la gente con el *statu quo*

haciéndolo parece natural y justo, y sobre todo poderoso”.<sup>11</sup> Desde esta perspectiva, en la que aquél está condicionado por los criterios subjetivos de quienes lo forjan, la arbitrariedad de su aplicación es patente.

Atendiendo a la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, no se puede entender al derecho como una disciplina aislada de la política y de la economía, antes bien, la recursividad del entramado multidisciplinario delimita los alcances de cada una de las partes integrantes, quedando éste determinado por los cambios estructurales que suscite el devenir sociopolítico. Esto no significa que las disciplinas jurídicas no tengan injerencia alguna sobre los otros sistemas y que afecten sus desarrollos de una u otra forma, dado que para Luhmann no existen ya jerarquías, sino únicamente subordinación entre unos y otros en cuanto a su funcionalidad.<sup>12</sup> El derecho, como órgano imprescindible del corpus sociopolítico, puede tener efectos positivos sobre su estructura siempre que se le dé la dimensión y los alcances necesarios.

México se encuentra sumido en un atolladero porque la dinámica social otorga más importancia a los problemas sociopolíticos que a los del derecho. Todos los efectos del neoliberalismo encauzan un progresismo social que no intenta buscar certeza en lo jurídico, sino que pretende usarlo como una herramienta para salvaguardar los intereses del propio sistema. Si en México el derecho no logra liberarse de la jerarquía a la que éste lo ha sometido, difícilmente podrá encontrar la independencia que esencialmente le compete. Por ello se debe buscar un método para cerrar las brechas de aplicabilidad entre los diversos ordenamientos y hallar la manera de que el derecho sea el que dicte los caminos que debe seguir la vía jurídica, y no los sistemas socioeconómicos que buscan su propia sustentación a costa de la legalidad.

Como hemos visto, los principios reguladores de derecho y las circunstancias en las que se inscribe su desarrollo, causan, inexorablemente, ciertas dificultades de legislación. Por lo tanto, el estudio jurídico no sólo debe abocarse a la resolución de la legitimidad de los principios dados por los tratados internacionales sobre los sistemas políticos y económicos, sino que en mayor medida debe buscar armonizarlos con el ordenamiento constitucional.

Con lo anterior, no pretendo asumir una postura totalizadora que pretenda resarcir los inconvenientes que se suscitan en el entramado sociopolítico. Por el contrario, la delimitación de la solución que propongo a

---

<sup>11</sup> KENNEDY, Duncan, *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012, p. 15.

<sup>12</sup> URTEAGA, Eguzki, “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann”, *Contrastes. Revista internacional de filosofía* vol. XV, España, Universidad de Málaga, 2010, pp. 301-317.

continuación se matiza en virtud de la especificidad de un problema del derecho que sí se puede atacar sin que generen conflictos que vayan más allá de sus competencias.

### III. PROPUESTA PARA UNA ARMONIZACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Con la reforma del artículo primero de 2011, se complementó el artículo 133, establecido en 1917, al dictar una regla de interpretación que permite una mayor certeza de derecho, aunque dejando todavía vacíos en el comentario y aplicación de la Constitución y los tratados internacionales. Aún queda pendiente armonizar esta disposición para lograr que las leyes federales y las locales se adecuen a la brevedad a los nuevos tiempos.

Para aterrizar la problemática que surge por las diferencias que derivan de la interpretación de las normas constitucionales frente a los tratados internacionales, así como las leyes federales y locales, propongo una reforma al artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la creación de una ley reglamentaria del artículo primero.

En principio, se buscará sistematizar las normas obligatorias que emanan de los tratados de los que México es parte, así como de las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La jurisprudencia que emana de este poder es obligatoria sólo en tanto es aplicada al caso concreto. Es decir, para que sea válida una resolución que ya fue emitida respecto de un caso similar, se debe invocar al momento de presentar la controversia ante el órgano jurisdiccional correspondiente, por lo que no funciona *de iure*.

Por otra parte, encontramos la Comisión Nacional de los Derechos Humanos como un órgano constitucionalmente autónomo, encargado de velar por el respeto a los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, esta institución no emite resoluciones vinculantes, únicamente *recomendaciones* que suelen quedarse en el papel.

¿Cómo podemos lograr que estas dos instituciones tengan mayor fuerza desde un punto de vista general para la aplicación y el cumplimiento de las normas? Hoy, la Suprema Corte interpreta y resuelve si un acto de autoridad, en algún caso específico, fue violatorio de los derechos fundamentales. La CNDH, por su parte, existiendo la violación de estos derechos, emite las mencionadas recomendaciones a las autoridades para buscar una solución y evitar que las mismas se sigan cometiendo.



La propuesta, entonces, consiste en llevar las resoluciones de estas instituciones un paso más allá, dotándolas de un carácter de obligatoriedad general. Esto se lograría si ambas estuvieran facultadas para presentar iniciativas de leyes o reformas a las ya existentes. La reforma en comento deberá formularse de manera que se evite dar pie a la idea de una invasión de estas instituciones en la esfera de competencia del legislativo, para así permitir que derechos fundamentales se integren a la legislación federal o local de forma directa o a través de leyes marco. Además, se debe dotar a la Comisión de oponibilidad y de la facultad de sancionar sin previa aceptación del imputado, así como de la de fijar plazos para el cumplimiento de sus resoluciones.

Buscando que esto último sea posible, debemos partir de la naturaleza jurídica del sistema *ombudsman* como mecanismo no jurisdiccional de protección, mismo que se ha convertido en una institución indefectiblemente exitosa.<sup>13</sup> La CNDH, al ser un organismo constitucionalmente autónomo, encuentra su fundamento en el artículo 102.<sup>14</sup> La ley reglamentaria, denominada Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, reitera esta atribución en su artículo 6º.<sup>15</sup> Por supuesto que el primer paso sería reformar ambas disposiciones, pero también habría que determinar si los procedimientos requeridos, por ejemplo, la investigación y en su caso imposición de alguna pena, dependerían del mismo organismo, o si sería necesaria la intervención de las autoridades. Para no desvirtuar totalmente su naturaleza, pero procurando que las resoluciones sean obligatorias, el camino que considero más adecuado es el de imitar el fenómeno de endurecimiento del derecho internacional en cuanto a los derechos fundamentales, como ocurre en el sistema interamericano, donde las recomendaciones de la Comisión Interamericana son reiteradas por la Suprema Corte mediante jurisprudencia, o bien, sirven como fundamento para la elaboración de instrumentos y leyes. Partiendo de este supuesto, y dependiendo de la materia a la que se refiera la recomendación, la CNDH estaría facultada para solicitar que se imponga la sanción o cumplimiento de sus disposiciones ante los órganos

---

<sup>13</sup> CARPIZO, Jorge, "Algunas reflexiones sobre derechos humanos y ombudsman", *Derechos humanos y ombudsman*, México, UNAM, 1993, p. 45.

<sup>14</sup> "Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas..."

<sup>15</sup> "Artículo 6o. La Comisión Nacional tendrá las siguientes atribuciones:... fracción III. Formular recomendaciones públicas no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas, en los términos establecidos por el artículo 102, Apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos..."

jurisdiccionales de primera instancia, juzgados de distrito o incluso de manera directa si la gravedad del caso lo amerita, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quienes en cierto plazo determinarían la procedencia y naturaleza de la pena y dictarían las medidas de apremio necesarias para asegurar su cumplimiento.

Por otra parte, la adición del segundo párrafo del artículo primero constitucional establece que la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales se hará conforme a la Constitución y los tratados, dando preferencia a la interpretación que sea más favorable para la protección de dichos derechos. Esta adición vino a poner mayor certeza a la lectura del artículo 133, a la idea del principio de supremacía constitucional y a la discusión relativa al orden jerárquico de las leyes mexicanas.

Con lo anterior, es indispensable una ley reglamentaria elaborada por expertos en el estudio, creación y aplicación del derecho, que permita dar solución al conflicto jerárquico que el 133 suponía, y que el párrafo segundo del artículo primero trata de encauzar; sin olvidar que además deben considerarse, con fundamento en la propia Constitución, las leyes federales y locales, la jurisprudencia e incluso los principios generales del derecho, entre otros, partiendo de la base de que siempre se buscará la mayor protección a los derechos fundamentales.