

Los Derechos Humanos y el nuevo parámetro de convencionalidad en México

Human Rights and the new parameter of conventionality in Mexico

Guillermo Nieto Arreola.

Escuela Judicial del Poder Judicial de Tabasco /
Docente de Posgrado, Universidad Valle del Grijalva (UVG),
Campus Pichucalco.

Recibido: Octubre 2018
Aceptado: Diciembre 2018



Resumen

En el presente artículo se analiza el parámetro de convencionalidad actual en su condición de observador de los Derechos Humanos previstos en la Carta Magna mexicana, así como en los tratados internacionales ratificados en la materia, los criterios acerca de ellos indicados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación dado que los juzgadores en su tarea cotidiana, en la actualidad, deben analizar las normas vigentes y su grado de compatibilidad con los criterios de su labor, tarea más que compleja por tal dimensión.

Palabras clave: Derechos Humanos, convencionalidad, parámetro, derecho.

Abstract

This article analyzes the current conventionality parameter in its condition of observer of the Human Rights provided for in the Mexican Magna Carta as well as in the international treaties ratified on the matter, the criteria about them indicated by the Supreme Court of Justice of the Nation given that the judges in their daily work, at present, must analyze the current regulations and their degree of compatibility with the criteria of their work, a task more than complex due to this dimension.

Keywords: Human Rights, conventionality, parameter, law.

Introducción

Ha iniciado una nueva etapa en la explicación del origen, la naturaleza y la dimensión de los Derechos Humanos (DH). En su origen porque no obstante que dichas etapas estuvieron justificadas por el contexto del derecho natural y su lucha existencial (desde el *Habeas corpus* inglés en la Carta Magna de 1215 hasta la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 en Francia) su carácter universal ha sido progresivo, cada vez son más los derechos que el positivismo jurídico reconoce e incluye en sus catálogos internacionales y nacionales, específicamente después del Holocausto (1941-1945).



Esta dialéctica entre el derecho natural y el positivismo se vio impulsada a enmendar un vacío para la teoría y la filosofía del derecho y para la comunidad política por impulsar legislaciones e instituciones que respondieran al reclamo del respeto a la dignidad humana como eje central de los DH, de tal suerte que la dimensión jurídica de éstos ahora se configura con mayor optimización en los tribunales regionales de los sistemas de DH (americano, europeo y africano).

De esta forma, el debate de los derechos de las personas tiene un nuevo escenario que no estriba sólo en discutir su origen o contenido, sino en encontrar las respuestas correctas a cada contexto en el que se encuentren, ya sea por los elementos de peso y niveles de optimización como principios (Alexy) o por el grado de conflicto en el que se presentan, todo ello, para determinar sus alcances dentro de una realidad operable, un instrumento constitucional capaz de tener un frente de protección ante la embestida de un poder fáctico o político que pretenda vulnerarlos, ya que *los derechos individuales también son una carta de triunfo frente al poder de las mayorías* (Dworkin).

La naturaleza de los DH fundamentales

Los DH están en la mejor etapa de su historia, porque ahora su garantía de materializarse no es en el poder político en sí, sino la jurisdicción que los define y dimensiona en cada situación y esto es el resultado de la propia exigencia social en las democracias contemporáneas. Es decir, hemos llegado a un momento histórico en el que los derechos son fundamentales como una garantía necesaria para la democracia, que supera toda discusión teórica sobre su origen y se centra en el análisis del contexto, pues la dinámica social justifica que los DH se observen y estudien desde una perspectiva incluyente donde converjan la moral y el derecho positivo en el terreno de la praxis, más allá de todo discurso filosófico que suele esfumarse por circunstancias en el tiempo o en las aulas universitarias.

Esta importancia deriva de una condición natural de los seres humanos que viven en un Estado: “sociedad políticamente organizada” (Serra Rojas, 1964) y requieren equilibrar su naturaleza con las reglas sociales, incluidas las jurídicas. Así, Ferrajoli define los derechos fundamentales como:

“(...) todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a-todos- los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar: entendiéndolo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica: y por estatus, la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son en ejercicio de éstas” (Ferrajoli, 2001, p.5).

Si partimos de la idea de que los DH son universales y corresponden a todos los individuos sin importar su sexo, edad y todo lo inherente a una persona, los derechos fundamentales son la base para ejercer dicha universalidad, necesarios por su relación con el Estado, precisamente porque para su existencia requieren la creación de normas jurídicas que exigen una protección positiva y no sólo axiológica.

De esta dicotomía pueden generarse dos posturas: 1) quienes creen que los DH y los derechos fundamentales son lo mismo y 2) quienes consideran que la distinción es generacional, coincidente pero diferente en su nivel de protección, pues la idea de los DH precede en historia a los “fundamentales” que son producto de la llamada corriente “neoconstitucional”, y para que un derecho humano sea



fundamental requiere su positivización, con lo cual se afirmarí que “todos los derechos fundamentales son DH, pero no todos los DH son siempre fundamentales”.

Sin embargo, como afirma Aguilar Cavallo: “(...) no existe ni podría existir separación ni diferenciación entre los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos y, consecuentemente, no podría ni debería haber distinción en cuanto a los órdenes normativos que los regulan. El individuo no puede quedar sujeto a estatus jurídicos diferentes de sus derechos y libertades, sin que [de] ello hiciera correr peligro su integridad moral, psicológica y física, sin perjuicio de constituir ello un socavamiento de los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos” (2010, pp.15-16).

Por otra parte, Pérez Luño afirma que ambos términos no son lo mismo. Los DH poseen una perspectiva deontológica (facultades humanas reconocidas por el derecho positivo nacional e internacionalmente) y concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad. Dado ese reconocimiento surgen los *derechos fundamentales*, cuyo nombre evoca su función en el orden jurídico de los Estados. Por tanto, los derechos fundamentales constituyen un sector, el más importante, de los ordenamientos jurídicos positivos democráticos y suelen gozar de una protección reforzada (Pérez Luño, 2006, pp.235-236).

De cualquier forma, el ejercicio de ambas concepciones requiere un análisis superior a un manifiesto dogmático o una declaración de principios (con la participación del Estado); me refiero a la jurisdicción como el pilar de la expresión de la voluntad general basada en la legitimidad que los define, optimiza y hace posibles. En este sentido, los DH y los derechos fundamentales se diferencian por su nivel de moralidad pública, su naturaleza y por el documento donde se expresan, y ambos son dimensionados por la jurisdicción, nacional o internacional.

Desarrollo

El contexto del surgimiento de la jurisdicción internacional de los DH

La moralidad pública de los DH ha sido el resultado de diversas transiciones históricas, sociales y políticas que marcan la pauta de su carácter universal como respuesta al reconocimiento de la persona en su calidad humana, cuya obligatoriedad se enfrenta ahora a un sinnúmero de contextos que ponen en primera línea las jurisdicciones nacionales e internacionales, pues los escenarios de violaciones e incumplimiento del poder político crece cada día y es visible en todos los conflictos jurídicos, sociales o políticos -comunes en las democracias contemporáneas- y en los DH que siempre están en riesgo.

La evolución de la doctrina de los DH siempre tuvo como referencia los documentos históricos antes referidos (1215, 1789 y 1948), los cuales marcaron una reflexión e inflexión para el abuso del poder. Sin embargo, esa doctrina carecía de una directriz jurisdiccional que facilitara la materialización de los derechos en la vida cotidiana y en sus niveles de aplicación. Con justa razón hasta antes de la segunda mitad del siglo XX la teoría del Derecho discutía la naturaleza de las normas jurídicas en el sistema, su validez y eficacia, no en el contenido y su impacto de aplicación para el disfrute de los derechos fundamentales, razón por la que Bentham (1990) afirmarí que: “*el tema de los derechos humanos era un disparate en zancos*”, precisamente por su falta de aplicación y de positivización, es decir, si no están en la ley, no son derechos.



Con el Holocausto –*ut supra*– la humanidad viviría un momento cumbre respecto de los valores humanos propiciando un nuevo enfoque filosófico de los DH en los sistemas jurídicos, básicamente con el tema de las leyes injustas y su grado de aplicación, como Gustav Radbruch las cuestionó en los *5 minutos de filosofía del Derecho* y que posteriormente Robert Alexy retomaría. A esta nueva noción de la filosofía también se le dio un impulso medular en la resolución de conflictos, principalmente con la teoría del derecho de Herbert L. A. Hart: el reconocimiento de las “zonas de penumbra” en el derecho positivo y la “regla de reconocimiento”, la cual abrió el debate en la segunda mitad del siglo XX acerca de la utilidad del “positivismo jurídico excluyente” con Ronald Dworkin como crítico, en el que florecería el tema de los derechos individuales y los principios, permitiendo el nacimiento de una nueva filosofía del derecho y la oportunidad de que los DH sentaran las bases teóricas para una protección jurisdiccional.

En este marco surgieron los sistemas contemporáneos de defensa y protección de los DH a nivel internacional: el interamericano (mayo) y el universal (diciembre) en 1948, el europeo en 1950 y el africano en 1981; quienes acompañados de los nuevos retos de la filosofía del derecho permitieron centrar el debate acerca de la naturaleza y el grado de aplicación de la jurisprudencia internacional, para marcar parámetros con otros enfoques teóricos y filosóficos de aplicación de los DH.

El sistema interamericano de DH como parámetro de convencionalidad

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) surgió de un acuerdo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y parte de la *Declaración Americana de Derechos Humanos* y la *Convención Americana de Derechos Humanos* (CADH) y sus protocolos. Ésta última regula el catálogo de derechos y el funcionamiento de sus dos principales órganos de investigación y jurisdicción: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Al respecto, son diversos los países que han ratificado paulatinamente su adhesión a este sistema, como México en 1981 (en 1988, al Pacto de San Salvador y, en 1998, aceptando la jurisdicción de la Corte IDH); de esto derivan sus obligaciones, de respetar derechos y adoptar medidas internas, de conformidad con los artículos 1 y 2 de la propia CADH. Por tanto, este sistema se erige como una jurisdicción internacional en caso de que un país miembro haya cometido una violación a los DH una vez agotado el principio de definitividad de sus mecanismos legales y constitucionales internos.

En este sentido, México ha sido demandado ante este sistema, con sentencias condenatorias en contra, mismas que han cambiado el paradigma de control constitucional, provocando una reforma constitucional (junio de 2011) en materia de DH a partir del caso Rosendo Radilla Pacheco. Este caso generó nuestro ingreso formal a un *control difuso de convencionalidad* (paralelo al constitucional) donde los jueces nacionales tienen la obligación *ex officio* de analizar de compatibilidad entre la norma nacional y los tratados internacionales sobre DH y desaplicarla si es contraria a la CADH y sus protocolos. Esto implica un análisis de constitucionalidad indirecta pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) considera que: “*el control de convencionalidad es un control de constitucionalidad desde el punto de vista sustantivo, dada la interpretación material que se hace del artículo 1o. constitucional*” (Contradicción de Tesis 21/2011) esto es, en lo relativo a los DH, sin hacer una declaración de invalidez o expulsión de la norma del sistema.



De la mencionada sentencia del caso Radilla Pacheco se resolvió y engrosó el expediente varios 912/2010 en el que la SCJN no sólo detalló el alcance del fuero militar sino que estableció un parámetro de control difuso a cargo de los jueces nacionales para: 1) realizar una *interpretación conforme en sentido amplio* respecto a que las normas deben interpretarse a la luz de los DH previstos en la Constitución y los Tratados Internacionales (TI); 2) hacer una *interpretación conforme en sentido estricto* (principio pro persona) cuando de existir más de una interpretación se debe elegir la que más beneficie al sujeto, y 3) en caso de no ser posibles las anteriores, *desaplicar la norma*. Aunado a ello, estableció que las resoluciones de la Corte IDH eran vinculantes para México cuando fuese parte en el juicio, caso contrario, tendrían un carácter orientador.

Posteriormente, la SCJN en la Contradicción de Tesis (CT) 293/2011 detallaría un parámetro de regularidad constitucional para ubicar los DH de cualquier fuente como base primigenia del sistema jurídico mexicano, es decir, estableció un nuevo "*bloque de constitucionalidad*" compuesto por esos derechos previstos en la Carta Magna, los TI, la jurisprudencia de la SCJN y de la Corte IDH, abriendo con ello un nuevo paradigma de control a cargo de las autoridades federales y uno de convencionalidad realizable por cualquier juez nacional competente.

Este escenario de la reforma constitucional de 2011 trajo como consecuencia el fortalecimiento del modelo de control constitucional, ya que: por un lado tenemos el cuidado de la constitucionalidad con efectos declaratorios de invalidez de normas a cargo de los tribunales federales y, por otro, el de convencionalidad al hacer un examen de congruencia y compatibilidad de las normas nacionales con el bloque de constitucionalidad, lo que implica un alto compromiso en el conocimiento doctrinal y jurisprudencial relativos a la dimensión y al nivel de conflicto de los DH.

En esa misma dinámica la reforma introdujo los principios de *interpretación conforme* y *pro persona* como herramientas de lectura constitucional para resolver conflictos jurídicos –sean casos fáciles o difíciles–, pues ello dependerá del grado de análisis o estudio que el juzgador realice. En el caso de la interpretación, deberá motivar sus decisiones con base en el parámetro de regularidad constitucional (armonía e idoneidad de la convencionalidad); mientras que para la aplicación del principio pro persona deberá seleccionar la norma (sin importar el nivel o rango) o la interpretación con más beneficios para la persona o la que menos restrinja un derecho. En ambos casos deben observarse las limitaciones o contradicciones de un derecho en la Constitución con otro previsto en algún TI, para lo cual aplica la regla de observancia de nuestra Carta Magna.

Como podemos ver, el modelo de control constitucional en México transitó a uno convencional integrado por los DH de cualquier fuente cuya diferencia radica en la naturaleza del órgano que lo realiza y en los efectos que se le otorgan a las normas al resolver, pues mientras en el primero se pueden invalidar, en el segundo sólo se desaplican sin hacer una declaración *erga omnes*. Además, derivado de las resoluciones de la Corte IDH en los casos Almonacid Arellano, trabajadores cesados del Congreso, Radilla Pacheco y Gelman, los jueces y todas las autoridades de los Estados miembro deben realizar un *control difuso de convencionalidad* cuidando la vigencia de la CADH, mientras que a esa Corte le corresponde el *control concentrado* como intérprete final de la Convención y sus protocolos.



Estamos ante un desafío de nuestros juzgadores que diariamente deben analizar la “*Litis*”, la naturaleza del caso a resolver, el universo jurídico que lo regula y la posible contradicción entre la norma nacional con el bloque de constitucionalidad compuesto por los DH de cualquier fuente, realizando una interpretación sistemática y funcional de los artículos 1º y 133 constitucionales. Esta interpretación es la base principal del modelo de control de convencionalidad al que están obligadas las autoridades mexicanas, pues no sólo deben observar el principio de legalidad, sino el de regularidad constitucional que incluye el *corpus iuris* interamericano y universal de los DH, siempre que nuestro país haya reconocido esa obligación en la materia, como indica el artículo 1º constitucional, donde se plantea la observancia de todos esos derechos previstos en la Constitución y los TI que deberán ser sujetos a los modelos de control necesarios y derivados de la naturaleza del caso mismo, pues para el ejercicio del control constitucional se requiere una acción, mientras que para el convencional no, porque es vía excepción, lo cual define el ámbito competencial de cada juzgador cuyos efectos de sus resoluciones son diversos: declarar la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de una norma, previa interpretación de los estándares en la materia hecha por los órganos legitimados.

Este ejercicio interpretativo y argumentativo de los DH de fuente nacional o internacional constituye nuestro parámetro de convencionalidad. Es así en razón de que el SIDH ha generado reglas y principios que nuestro país debe observar en el marco de actuación de la CIDH y de la Corte IDH, ya que la CADH junto con sus protocolos y la interpretación que esa Corte ha hecho que sean obligatorios para México dentro de la misma dimensión que establece el artículo 1º constitucional y de la cual la SCJN ha delineado a través de sus diversos criterios para que los juzgadores tengan claro un parámetro de actuación en su ámbito competencial respecto de las normas que deban aplicar en los casos sometidos a su jurisdicción.

Conclusiones

La evolución de los DH ha sido una lucha constante entre enfoques filosóficos del derecho natural y el positivismo jurídico excluyente que la ciencia jurídica ha venido explicando e interpretando a lo largo de la historia y que ha marcado el diseño de modelos de resolución de conflictos donde el texto de la norma se impuso en casi todo el siglo XX (y parte del XXI como herencia).

Después del Holocausto la filosofía del derecho se enfrentó a tener que justificar las leyes frente a los valores de la persona en su calidad de humana, lo que representó un desafío para los juristas tratando de explicar la necesidad de encontrar respuestas correctas consecuentes con los derechos fundamentales, por lo que el positivismo jurídico excluyente se encontraba en el dilema teórico más importante de su historia: tener que reconocer que la dignidad humana era un valor moral que toda norma jurídica debía reconocer.

En ese escenario de desafíos teóricos y filosóficos de la segunda mitad del siglo XX surgieron documentos y tribunales internacionales (CADH, CIDH, Corte IDH, Tribunales Europeo y Africano) que daban una esperanza al enfoque de los DH y que permitiría una transición de lo dogmático a lo jurisdiccional, impactando en los Estados para que crearan y reformaran leyes en concordancia con esa avalancha histórica de Derechos y, por primera vez, el respeto y la protección de los DH vendría de la voz de un tribunal que generaría eco en la comunidad internacional, posicionando la idea de la dignidad humana



como un valor y como base de todo sistema jurídico, iniciando con ello su camino para dejar de ser un discurso epistolar y filosófico sin sustento.

El parámetro de convencionalidad consiste en observar los DH previstos en el bloque de constitucionalidad, esto es: a) los que señala nuestra Constitución; b). los previstos en los TI ratificados por México; c) los criterios que sobre ellos ha indicado la SCJN y, d) la jurisprudencia de la Corte IDH. Del mismo modo, dicho parámetro obliga a los juzgadores a analizar las “normas” y su grado de compatibilidad con ese bloque, ello en el marco de sus competencias y jurisdicciones.

Estamos ante un desafío sustantivo de nuestra democracia en el tema del respeto y la protección de los Derechos Humanos en virtud de que todas las autoridades y jueces del país deben asumir un compromiso de “formación y profesionalización” en el conocimiento del SIDH, su naturaleza, reglas y principios, ya que forman parte de nuestro sistema jurídico nacional como una garantía constitucional, no sólo para mejorar la administración de la justicia, sino para evitar el abuso de poder de los órganos del Estado. Sólo observando este parámetro podremos decir que aspiramos a construir un Estado constitucional y convencional de derecho en México.

Bibliografía y referencias

- Aguilar Cavallo, G. (2010). Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 43(127).
- Bentham, J. (1990). *Falacias políticas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Faúndez Ledesma, H. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Ferrajoli, L. (2001). *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico, a cura di Ermanno Vital*. Roma-Bari.
- Pérez Luño, A. E. (2006). *La tercera generación de derechos humanos*. Navarra: Thomson-Aranzadi.

