

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en México: Una propuesta bajo la Teoría Garantista de Luigi Ferrajoli

Oscar Jesse Rojas Ortiz

Resumen

El presente trabajo muestra la adopción del derecho internacional en México a partir de los Tratados Internacionales de derechos humanos, los cuales tiene gran vigencia en el quehacer de la administración e impartición de justicia en nuestro país. Así, mencionamos algunos obstáculos que el Estado Mexicano ha resuelto paulatinamente en la convergencia del derecho nacional frente al derecho internacional, donde esta analogía muchas veces se resolvía por teorías monistas o dualistas, ajustadas en todo caso a un proteccionismo normativo que limitaba la responsabilidad internacional del Estado erga omnes. Empero, la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos abrió un abanico más amplio de protección de la persona humana y con ello recursos efectivos que hacen evolucionar el Poder Judicial en un imperante Control Difuso de Convencionalidad para aplicar las disposiciones de los Tratados Internacionales de derechos humanos, los cuales representan normas autoaplicativas

independientemente de sus distintas nomenclaturas y la aplicación del Principio pro persona que debe ejercer cualquier autoridad en el ámbito de su competencia para recurrir a la norma que más proteja al individuo o limite el poder público ante una posible violación a los derechos humanos. No obstante, esta dinámica debe ser impulsada por los lineamientos de la Teoría Garantista de Luigi Ferrajoli, donde se analizan esta categoría de instrumentos por sus derechos, prohibiciones y obligaciones. Esta teoría permite facilitar la aplicación de tales instrumentos pues el conocimiento de sus características hace notar aquellas disposiciones que pueden llenar vacíos en el derecho interno, también, en el ámbito de la legitimidad del Estado, permite transitar de un Estado de derecho liberal hacia un Estado de derecho social.

Palabras clave: Control de la Convencionalidad, Estado Social de Derecho, Justicia Restaurativa, Organización de las Naciones Unidas, Organización de los Estados Americanos, Principio Pro Persona.

Introducción

La aplicación de los tratados internacionales representa una expresión del Derecho Internacional hacia el interior de los Estados, es una convergencia de intereses sean económicos, políticos o jurídicos de manera bilateral, trilateral o multilateral, ésta última

como un ejercicio de comunicación y aspiraciones con las organizaciones Internacionales.

No obstante, el derecho nacional en ciertas ocasiones se muestra proteccionista para recibir la influencia de las normas internacionales del “ius cogens¹, sobre todo, aquellas que representan responsabilidad erga omnes”. Así, lo entiende Marqués Rueda,

Colaborador del Cuerpo Académico Política, Derecho y Problemas Globales. Instituto de Estudios Internacionales. Universidad del Mar, Campus Huatulco. Ciudad Universitaria, Bahías de Huatulco, Oaxaca. C.P. 70989
Autor para correspondencia: jesse15azul@hotmail.com

¹Las normas del ius cogens están fundamentadas bajo el derecho consuetudinario, el cual regulaba el conflicto de leyes de aquellos extranjeros (peregrinos) que se internaban en la antigua Roma, pues en todo caso, el ius civile era la ley aplicable y protectora para los ciudadanos romanos. Véase, PEREZ Nieto, Leonel. *Derecho Internacional Privado. Parte general*. Editorial Oxford University Press. México, D.F. 2002. Pág. 16. Por lo tanto, el derecho internacional es una expresión del ius cogens en su forma normativa y convencional moderna. De esta manera, al referirnos a los derechos humanos, el derecho internacional retoma los

cuando menciona que políticamente, los Estados no desean, y nunca lo han deseado, ser catalogados como infractores de incumplimiento del derecho internacional y sujetos a tal responsabilidad (Marqués 2011).

Entonces, cuando nos referimos a los Tratados Internacionales nos orientamos a la adjudicación de la responsabilidad internacional que tienen los Estados, sobre todo en aquellos instrumentos de derechos humanos, siendo que a nuestro punto de vista, esta calidad de tratados, independientemente de sus distintas denominaciones, pactos, convenios, acuerdos, entre otros, son estrictamente vinculatorias por las características de los derechos fundamentales, los cuales no se manejan como negociables para su observancia.

La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos ha sido un tema pendiente en México. La dificultad radica en la convergencia del derecho interno y el derecho internacional, a primera vista, ambos sistemas parecieran mundos divorciados, sin embargo, en el ámbito de los derechos fundamentales, se sugiere entenderlos como complementarios. Así, el carácter obligatorio de esta calidad de tratados tiene gran vigencia en cualquier tiempo y cualquier lugar.

Progresivamente, los tratados internacionales tienen base regulatoria establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, donde se expresa que el estricto cumplimiento de sus disposiciones bajo la égida del “*pacta sunt servanda*”, pues todo lo firmado y pactado de buena fe genera obligaciones. También, los propios Tratados Internacionales establecen mecanismos de autorregulación al establecer comités específicos, instancias cuasi jurisdiccionales y jurisdiccionales.

Para el caso de México, este principio no ha sido suficiente para instrumentar los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno. Nuestro país se ha alineado a una pirámide kelseniana donde primaba únicamente la Constitución sobre todas las normas. No obstante, la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos² abrió un abanico de protección más amplio donde se reconocen los tratados internacionales de derechos humanos en un mismo nivel de aplicación, siendo que todas las autoridades, tanto administrativas como jurisdiccionales, tienen la obligación de observarlos, ya sea a través de un principio “*pro personae*” o un control difuso de la convencionalidad.

Actualmente, nuestro país tiene avances significativos en la apertura con el derecho internacional de los derechos humanos, se resuelven progresivamente ciertos obstáculos como: cuáles son los tratados internacionales de derechos humanos, cómo se pueden aplicar en nuestro país, cuáles son los alcances y limitaciones y quiénes están obligados a respetarlos. No obstante, todavía no se logra resolver cómo debemos entender esta calidad de tratados para facilitar su aplicación. Por lo tanto, el objetivo de este trabajo es proporcionar un modelo bajo los lineamientos de la teoría garantista de Luigi Ferrjoli, logrando con ello una guía para configurar un menor Estado de Derecho liberal y un mayor Estado de Derecho social. Sin duda alguna, este modelo es una herramienta para los encargados de la administración de justicia en la prontitud de su actual deber con el derecho internacional.

Este trabajo desarrolla en primer lugar, con las consideraciones generales de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en

principios del *ius cogens* para su exigibilidad y su fundamentación filosófica-jurídica de distintas corrientes de pensamiento epistemológico.

² Refiérase que la Reforma Constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos modificó sustancialmente 11 artículos de nuestra Carta Magna, los cuales son los siguientes: artículo 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105. Véase, Secretaría de Relaciones Exteriores. “Derechos Humanos: Agenda Internacional de México”. En Boletín Informativo, 14 de Marzo de 2011. Disponible en pdf [<http://www.sre.gob.mx/images/stories/docsdh/boletines/2012/bdgdhreformadh.pdf>] Fecha de consulta [04/03/15]

México, con el objetivo de mostrar una breve radiografía sobre los obstáculos y discusiones que se han desahogado en el tema; en segundo lugar, la practicidad del modelo garantista ferrajoliano instrumentado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en México, como una propuesta particular que viene a cubrir algunos vacíos de interpretación y alcances jurídicos sobre dichos instrumentos; y finalmente, consideraciones y retos sobre la materia.

I. Consideraciones generales de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en México

Nos referimos a Tratados Internacionales de Derechos Humanos como aquellos instrumentos establecidos, firmados y pactados por los gobiernos ante Organizaciones Internacionales y que exigen responsabilidad “*erga omnes*”; también, nos referimos a Tratados Internacionales de Derechos Humanos siendo que nuestra Carta Magna así lo reconoce en su artículo 1, entendiéndose todos aquellos instrumentos de derechos humanos que el ejecutivo celebró, firmó y ratificó por conducto del Senado, según reza el artículo 89 Constitucional; y nos referimos a tratados internacionales de derechos humanos indistintamente del debate del “*Hard Law* y *Soft Law*”, en convenciones vinculante y no vinculantes u obligatorios y declarativos, pues en sentido estricto, tratándose de derechos humanos, todos los instrumentos de esta naturaleza son normas autoaplicativas. Éstas últimas al verse violentadas, sea por la incapacidad del Estado de proteger los derechos humanos o por su omisión, puede y debe intervenir la Justicia Universal³ con carácter restaurativo.

Para ello, existen los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales, también, todo un arsenal jurídico establecido en el Estatuto de Roma de 1998 y las jurisprudencias de tribunales “*ad hoc*” que arrojan luz sobre casos concretos de graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario.

La ambivalencia de la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos se ha manifestado, por un lado, desde el clásico proteccionismo jurídico de teorías monistas o dualistas con exponentes como Triepel y Anzilotti o Hans Kelsen; y por otro lado, la exigibilidad de su obligatoriedad con principios reconocidos como: *pacta sunt servanda*, *res inter alios acta* y *ex consensu adventi vinculum*, por mencionar algunos ejemplos. Un avance parcial de los tratados internacionales es su reconocimiento como fuentes fundamentales del derecho internacional, empero, existen dudas conforme a su efectivo respeto y aplicación en el ámbito interno de cada uno de los países signatarios.

El cuestionamiento sobre los tratados internacionales gira alrededor de: ¿Qué son los Tratados Internacionales de derechos humanos? ¿Cómo se pueden aplicar al interior de un país? ¿Cuáles son sus alcances y limitaciones? Y ¿Cómo entendemos los Tratados Internacionales de Derechos Humanos? Sin duda, pueden existir diversas tesis sobre cada una de estas preguntas.

Las organizaciones internacionales más proactivas en Derechos Humanos que preponderantemente tienen incidencia en México son la Organización de Naciones Unidas (ONU) y la Organización de los Estados Americanos (OEA). Ambas fueron

³ La Justicia Universal como principio se deriva del Derecho Internacional. “En un sentido amplio, comprende el ejercicio de la jurisdicción penal internacional por crímenes internacionales tanto por tribunales domésticos como por tribunales supranacionales y mixtos.” Véase, OLLE Sesé, Manuel. *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*. Editorial La Ley. Madrid, España, 2008. Pág. 144. También, es importante señalar que la Justicia Universal se puede entender de igual forma bajo distintas nomenclaturas como: “principio de jurisdicción universal, principio de justicia penal universal, principio de derecho mundial o cosmopolita, principio universal, principio de derecho universal, principio de universalidad, incluso a pesar de su confusión, principio de justicia internacional”. *Ibíd.* Pág. 95. En suma, la Justicia Universal se manifiesta cuando el Estado no tiene la capacidad de garantizar los derechos fundamentales o bien, no crea los mecanismos adecuados para evitar omisiones que acarrear la proliferación de crímenes internacionales. En este sentido, un Estado externo, facultado con sus recursos jurídicos internos, se arroga la competencia de extender su *ius puniendi* más allá de sus fronteras; o bien, una instancia internacional,

creadas con posterioridad a la Segunda conflagración, siendo la primera de alcance mundial y la segunda de carácter regional.

En el seno de cada una de estas organizaciones se tejen directrices sobre la aplicación en diversas áreas de derechos humanos tales como: garantías de debido proceso, prohibición sobre la tortura, desaparición forzada, sobre niños, medioambiente, migración, por mencionar algunas. En general, todos estos ámbitos están fundamentados en tratados internacionales y en leyes sustantivas como los estatutos de los tribunales de carácter permanente, mixto y ad hoc.

En este orden, existe una clasificación de las instancias judiciales internacionales, donde la primera categoría intervienen instituciones jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales, las cuales analizan el contenido normativo y que construyen un sistema judicial internacional, según figura en el "The PICT Research Matrix", siendo 18 órganos judiciales internacionales (Ramos 2010, XIV [40]); y la segunda categoría, interviene la justicia internacional con un enfoque de responsabilidad internacional, sean de carácter permanente como la Corte Penal Internacional o de carácter ad hoc, como el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia⁴, por mencionar algunos ejemplos. Todo el acervo jurisprudencial contribuye a la progresividad de los derechos humanos al interior de los Estados, pues este tipo de instancias citadas contribuyen a la hermenéutica de los tratados.

Es importante mencionar que la individualización de la pena no es la única forma de

administración de justicia en el ámbito internacional, para ello, existen tribunales permanentes que responsabilizan a las estructuras del Estado para el cumplimiento de las disposiciones de uno o varios tratados en materia de derechos humanos. Tal es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual fue creada por conducto de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante "La Convención") y el reconocimiento de México de la Competencia contenciosa de este tribunal permanente⁵ se manifestó el 16 de diciembre de 1998 ante el Secretario General de la OEA.

En este sentido, dichas organizaciones han dado respuesta a algunos cuestionamientos que mencionamos líneas anteriores, tal como: ¿Qué son los Tratados Internacionales? Según el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, define: un tratado es "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". Esto fue producto de más de 15 años de trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU que desembocó en una Conferencia Internacional en Viena.

Entonces, debemos considerar lo siguiente: 1) Hablar de un acuerdo internacional probablemente nos lleve a pensar que lógicamente deberán establecerse por encima de cualquier ordenamiento interno del país signatario. Sin embargo, la realidad nos dicta lo contrario, esto se puede observar en el artículo 133 constitucional respecto a la jerarquía

llámese tribunal internacional, permanente o ad hoc, está facultado bajo sus leyes sustantivas y 102 y 105. Véase, Secretaría de Relaciones Exteriores. "Derechos Humanos: Agenda Internacional de México". En Boletín Informativo, 14 de Marzo de 2011. Disponible en pdf [<http://www.sre.gob.mx/images/stories/docsdh/boletines/2012/bdgdhreformadh.pdf>] Fecha de consulta [04/03/15]

⁴ Debemos tener en cuenta que los tribunales internacionales no siempre se ajustan a los principios generales del derecho de los Estados. Así, podemos decir que en el caso de los tribunales internacionales ad hoc, se cuestionan las bases jurídicas, por ejemplo, no existe un apego estricto al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, esto se debe en cierta medida a la inexistencia de una teoría del delito universal. En palabras de Ambos Kai, menciona que el derecho penal internacional "se trata de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional. La idea central de la responsabilidad individual y de la reprochabilidad de una determinada conducta (macrocriminal) proviene del derecho penal, mientras que las clásicas figuras (de Núremberg), en su calidad de normas internacionales, se deben clasificar formalmente como derecho

de las normas en México; 2) regidos por el Derecho Internacional. Esto refiere a un compromiso de alto nivel respecto a la comunidad internacional, puesto que el ámbito de los Derechos Humanos representa una obligación “erga omnes”; 3) cualquiera que sea su denominación. Siendo un tratado, convención, declaración, desemboca en la expresión del consentimiento, entendido como acuerdo. Esto implica su carácter de obligatorio y de buena fe (art. 26 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

El siguiente cuestionamiento nos dice ¿Cómo se pueden aplicar al interior de un país? Esta pregunta ha sido un reto que depende por dos vías principalmente. La primera se refiere a las propias disposiciones del tratado internacional, en este caso de derechos humanos; la segunda señala los recursos jurídicos del propio país signatario. Por ejemplo, se pueden aplicar dichos tratados de los que México sea parte, siempre que no sean contrarios a las disposiciones de nuestra Carta Magna.

El referente jurídico en México hasta antes de la reforma de junio de 2011 en materia de Derechos Humanos era el artículo 133 constitucional, el cual nos dice:

“La Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán Ley Suprema de toda la Unión” (Anónimo 2012)

Vemos que México se alinea aun enfoque kelseniano, el cual establece la supremacía constitucional y, por consiguiente, la

dinámica de aplicación para los jueces en materia de Derechos Humanos es bajo el principio de legalidad, el cual se entiende como: “Todo Estado que se precie ser democrático y de derecho, debe sujetar todo acto de autoridad a su Constitución y a las leyes emanadas del Poder Legislativo que a ella se ajusten” (Merino et al. 2010). Por lo tanto, las autoridades jurisdiccionales, sin más miramientos y componendas, ubicaban los criterios constitucionales sin incluir los criterios de los Tratados Internacionales.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza una interpretación del artículo en comento:

(...)“se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario *pacta sunt servanda*, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional” (Merino et al. 2010).

Consecuentemente, si existiera empatía entre la Constitución Federal y los Tratados Internacionales, prevalece el texto constitucional; si por el contrario, los criterios fueran encontrados, de igual forma. Hasta este punto, pareciera no existir salida sobre la vigencia kelseniana sobre las normas.

internacional, sometiendo de este modo la conducta en cuestión a una punibilidad autónoma de derecho internacional”. Véase. MALARINO, Ezequiel. Trans., La parte general de un Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática. Editorial Fundación Konrad-Adenauer. Uruguay, 2004. Págs. 34 y 35. Uno de los principios reconocidos por la comunidad internacional para combatir la impunidad de algún delito internacional es el *aut dedere aut iudicare*, lo cual exige a un Estado, juzgar a un individuo que socavó un bien jurídico universal o bien lo entregue para su enjuiciamiento.

⁵ La Corte Interamericana tiene la competencia de conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido su competencia. Esto según el artículo 62 párrafo 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Al respecto, nos referimos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como un Tribunal permanente de carácter regional, pues su competencia contenciosa la ubica como un órgano jurisdiccional ante violaciones a disposiciones concretas de la Convención y demás instrumentos secundarios que se desprendan de la OEA. Asimismo, la Corte no se ajusta a la individualización de una pena, sino a la responsabilidad de los Estados, esto no le resta su carácter de tribunal permanente, por contrario, la exigibilidad de la justicia

A pesar de esto, la Ley sobre Celebración de Tratados, publicada en el Diario Oficial de la Federación en 1992, deja entrever una luz sobre el Control de Convencionalidad⁶. De acuerdo a su artículo 11, menciona que:

“Las sentencia, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales derivados de la aplicación de los mecanismo internacionales para la solución de controversias legales a que se refiere el artículo 8º., tendrá eficacia y serán reconocidos en la República, y podrán utilizarse como prueba en los casos de nacionales que se encuentre en la misma situación jurídica, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados aplicables” (Anónimo 1992).

Lo anterior es un antecedente al Control de Convencionalidad, siendo que este último se desarrolla de dos forma, primero, los mecanismos estipulados en el Tratado Internacional, y segundo, refiere a las sentencias derivadas de dichos mecanismo, validan la autoaplicación del Tratado Internacional, un ejemplo concreto es La Convención. Así, en el primer caso, los Estados deben considerar los procesos de firma, adhesión y ratificación de un instrumento internacional, siendo que en el caso de La Convención, no se pueden invocar las disposiciones de derecho interno para incumplir con aquellos lineamientos que prevé el instrumento en comento; en el segundo caso, las jurisprudencias emitidas por conducto de la CIDH de Derechos Humanos son vinculatorias para nuestro país, en efecto, la plataforma de responsabilidad son La Convención e instrumentos secundarios.

Para el ejercicio pleno del Control de la Convencionalidad en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) reconoce instrumentos de la protección de la persona humana en rubros como: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional Penal, Derecho Internacional del Trabajo, Medio Ambiente, Pueblos Indígenas y Refugiados.

Ahora bien, la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos representa un abanico de mayor protección de la persona humana, siendo que en el artículo 1 de nuestra Carta Magna nos dice:

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

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.” (...) (Anónimo 2014).

Vemos que los tratados internacionales de derechos humanos tiene la misma ponderación que la Constitución, además, se sugiere que las normas derechos humanos encuadran en lo que podríamos llamar la “cláusula de interpretación conforme”⁷. El resultado

restaurativa se cubre bajo los lineamientos de la restitución, indemnización, proyecto de vida y la satisfacción y las garantías de no repetición que se le exige al Estado en sentencia vinculatoria. Véase. ROUSSET Siri, Andrés J. “El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” En *Revista Internacional de Derechos Humanos* 2011, Año I, Numero 1. P.p. 59-79.

⁶ El Control de Convencionalidad fue creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a raíz del Caso Almonacid Arellano y otros c/. el Gobierno de Chile del 26 de septiembre de 2006. Al respecto, esta jurisprudencia no resta importancia al principio de legalidad, pues los jueces encargados de aplicar la ley están sujetos a ella. Además, se alude a la responsabilidad internacional, partiendo de las obligaciones del Estado de garantizar los derechos fundamentales, sea a un nivel constitucional o de los tratados internacionales, donde la imperante aplicación de disposiciones se deben ajustar a la Convención Americana de Derechos Humanos. Luego entonces, este Control de Convencionalidad lleva implícito la Cláusula Conforme. Véase. JINESTA, Ernesto L. Control de Convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. Mac-Gregor Eduardo Ferrer (Coord.) El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. Editorial FUNDAp, México, D.F.

es la proactividad del Poder Judicial de los Estados, donde los jueces de distintos niveles deben observar tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como la interpretación que realiza la CIDH en sus fallos (Caballero 2011), para generar resoluciones, medidas de protección y sentencias ajustadas al Derecho Internacional, al menos en una escala regional. Invocar disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos no se limita a una escala regional, sino a todos los instrumentos en la materia que México es parte, desde los instrumentos de la ONU hasta los Estatutos que reconocen la competencia de un Tribunal Internacional permanente en México, tal es el caso del Estatuto de Roma de 1998 y el Artículo 21 Constitucional⁸.

Debemos precisar que, el Control de Convencionalidad no es exclusivo del sistema interamericano, puesto que siendo un control jurídico y jurisdiccional se manifiesta en el plano internacional, teniendo como meta principal el cumplimiento cabal de las obligaciones del Estado frente a los Tratados Internacionales. Este Control de Convencionalidad se desarrolla en la Corte Europea de Derechos Humanos para el cumplimiento de la Convención Europea de los Derechos Humanos; también, la Corte de Luxemburgo ejerce este recurso respecto a los miembros de la Unión Europea⁹, por mencionar algunos (Nogueira 2012).

De igual forma, podemos mencionar otros alcances que se producen del Control Difuso de la Convencionalidad, tales como: reparación del daño, medidas de no repetición, medidas cautelares, indemnización, por mencionar algunos. En fin, en palabras de Astudillo Reyes, se trata de armonizar un

Control de Convencionalidad que conlleva a un Control de Constitucionalidad. Este último se entiende como las directrices normativas que permite someter los actos de la autoridad a la Ley Suprema, ajustándose a un control de legalidad. Éste último ratificando la supremacía constitucional y una jerarquía kelseniana y viceversa (Astudillo 2011).

Adicionalmente, el Control de Convencionalidad hace resurgir la discusión del bloque de constitucionalidad, el cual tiene un vasto antecedente que podremos mencionar algunos lineamientos para contextualizarlo en México. Primero, precisamos que la doctrina del bloque de constitucionalidad tiene su origen en Europa. Según nos comenta Góngora Mera, el concepto fue elaborado por el Consejo Constitucional francés en 1971, luego fue importado por el Tribunal Constitucional de España desde 1981 y posteriormente, se difundiría en otros países para los años noventa tales como: Panamá, Costa Rica, Colombia y Perú, alcanzando de esta manera a países latinoamericanos (Góngora 2014). Más allá de la interpretación y tendencias del bloque de constitucionalidad¹⁰, la SCJN menciona que en México, este recurso se manifiesta en la identificación de todas las normas (principios y reglas) y valores que, pese a no estar expresamente establecidos en la Constitución escrita, son materialmente constitucionales (Rodríguez 2013). De una manera práctica, el bloque de constitucionalidad en México se puede entender en los artículos: primer párrafo, 1, 15, 102, 103, 105 y 107, ello toda vez que, estos artículos derivan a los tratados internacionales que contienen disposiciones derechos humanos sin que estrictamente sea instrumentos en la materia.

⁷ Al referir el Artículo 1 de nuestra Carta Magna de conformidad con los Tratados Internacionales de derechos humanos y el favorecimiento de la protección más amplia, se invoca expresamente la cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona. En palabras de Carbonell, "éstos tienen su origen en el ámbito de derecho internacional, y que han sido definidos como criterios hermenéuticos que informan todo el derecho de los derechos humanos". Así, se confirma la progresividad de los derechos humanos en nuestra constitución con mayor convergencia con el derecho internacional.

⁸ El Artículo 21 Constitucional reconoce la competencia de la Corte Penal Internacional (CPI), menciona que "el Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional". Véase la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A nuestro punto de vista, existe un candado para la intervención de dicha Corte, en todo caso, la acción penal corresponde al propio Estado para que la CPI intervenga, siendo que los crímenes de lesa humanidad, de guerra o agresión, provienen por la comisión u omisión del mismo Estado. Aquí se confirma la dificultad de activar la acción penal de la CPI en México.

Hasta aquí, vemos una dinámica de “toma y daca” entre sistemas jurídicos encontrados en materia de derechos humanos. No obstante, la incógnita que nos puede llevar a una practicidad es ¿Cómo entendemos los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos? La respuesta se puede proponer desde una perspectiva garantista ferrajoliana que a continuación mencionaremos.

II. Propuesta: el modelo garantista y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en México

II.I. Algunas consideraciones de la Teoría Garantista de Luigi Ferrajoli.

Advertimos que este trabajo no tiene como finalidad hacer un recuento de la discusión de la teoría garantista que propone Luigi Ferrajoli, más bien, mencionaremos algunos de sus lineamientos que, a nuestro entender, pueden contribuir al análisis de los tratados internacionales de derechos humanos en México y con ello, el lector podrá familiarizarse con un marco de referencia a la luz del derecho internacional.

El Garantismo de Luigi Ferrajoli distingue 3 acepciones, a saber, La primera acepción designa un modelo normativo de derecho. En cuanto al derecho penal, un sistema garantista propio del Estado de derecho se entiende como un sistema cognoscitivo (en el plano epistemológico), una técnica que alcanza la disminución de la violencia y maximización de la libertad (plano político) y un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos (plano jurídico) (Ferrajoli Derecho

y Razón. Teoría del Garantismo penal 1995). Ferrajoli resume que una Constitución puede considerarse avanzada por los principios que establece y derechos que sanciona, sin embargo, su observancia y aplicación real se ve mermada si no establece técnicas coercitivas, de garantías.

El fundamento de la teoría garantista ferrajoliana se basa en la crítica del derecho positivo respecto a la legitimación externa, como puede ser la crítica de las ideologías políticas, y una legitimación interna, respecto a la crítica de una ideología jurídica. Estos dos puntos de partida de la crítica del Garantismo permiten digerir los alcances de validez y vigencia, así como efectividad y validez del derecho.

Es importante señalar que el Garantismo desde el punto de vista de la Democracia y el Estado de Derecho, establece reglas de quién puede decidir y cómo se debe decidir, en otras palabras, nos referimos a la legitimidad formal y legitimidad sustancial. En este sentido, el Garantismo se refiere a la estructura del poder y por consiguiente del sistema jurídico, donde predomina el qué se debe y qué no se debe decidir, vinculando directamente las prohibiciones y obligaciones de los poderes del Estado y al resguardo de los derechos fundamentales.

Por tal motivo, la violación a las prohibiciones, las cuales vincula el *ius puidendi* del Estado en el derecho penal, lleva a una inexistencia o falta de vigencia del Estado de Derecho; y la violación a las obligaciones, ligada a los deberes de las autoridades en las estructuras del Estado, es causa de invalidez de las normas. En suma, las violaciones a

⁹No se debe confundir la competencia y alcance de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte de Luxemburgo. La primera, fue establecida en 1959 y es considerada como la máxima autoridad judicial de Europa, velando por el cumplimiento del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. También se le denomina “Tribunal de Estrasburgo” por su sede en Francia; la segunda, formalmente se le llama Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también se le denomina “Corte de Luxemburgo” por su sede. Es una institución de la Unión Europea y tiene como función, interpretar y aplicar el Derecho de la Unión Europea. Fue Establecido desde 1952 por el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). Cabe mencionar que el Tribunal de Justicia, “que fue desde el primer momento un órgano único y común a las tres Comunidades Europeas y que por lo tanto formó parte desde el principio del incipiente tronco común institucional de las mismas, se ve atribuido de la misión de garantizar el respeto del derecho de aplicación e interpretación de los Tratados”. Véase, GARCÍA-Valdecasas y Fernández, Rafael. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea. En *Revista Jurídica de Castilla y León*. Número 3, Mayo 2004. P.p. 13-48.

¹⁰La interpretación del bloque de constitucionalidad tiene varias tendencias, por ejemplo, en Francia, surgió la idea a la luz del

las prohibiciones y obligaciones del Estado llevan consecuentemente a un estado de impunidad y carencia de legitimidad como gobierno democrático.

Entonces, atendiendo a los derechos fundamentales que quedan resguardados por el Estado de derecho, no podrán violentarse (ya sean por mecanismos de prohibiciones y obligaciones) ni siquiera por unanimidad de un pueblo, el cual se entiende como democrático (Ferrajoli Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal 1995), se puede validar que una persona sea sometida a pena de muerte o le sea privada su libertad sin causa justificada. Por ello, la trascendencia del Derecho hacia su positivación y constitucionalización velan por los derechos fundamentales. Sin embargo, se debe prestar atención que no diste mucho del ser con el deber ser.

En palabras de Bacigalupo, el Estado no es quien otorga los derechos fundamentales, sino es quien debe crear las condiciones para su realización, siendo que es la forma que el Estado adquiere legitimidad. Además, éste autor puntualiza que:

“En este sistema los derechos fundamentales tienen una eficacia directa y su validez como derecho vigente de manera inmediata se apoya en la idea de su garantía.

Consecuentemente, es posible afirmar que su vigencia, su respeto y su garantía constituyen una cuestión esencial de la legitimidad constitucional del Estado y ello justifica que la protección última de estos derechos pueda ser una competencia del Tribunal Constitucional, en tanto conflicto constitucional entre un ciudadano y algún poder del Estado” (Bacigalupo 2005).

Así, los derechos fundamentales entran en conflicto con algún poder del Estado puesto que dichos derechos son considerados leyes supremas a nivel constitucional, formalmente reconocidos. A nuestro punto de vista, los derechos fundamentales rebasan el nivel constitucional puesto que no se reconocen únicamente en una Constitución, sino en ocasiones difieren con los mecanismos de garantías de prohibición y obligación de Estado a Estado, por ende, son leyes reconocidas erga omnes a través de la expresión de la voluntad de las Partes y pactados en tratados internacionales de derechos humanos o instrumentos que conectan con ellos.

Ferrajoli clasifica los derechos fundamentales en cuatro rubros, combinando los derechos primarios (o sustanciales) y derechos secundarios (instrumentales o de autonomía): los derechos humanos, derechos públicos, derechos civiles y derechos políticos. En el rubro que nos interesan, los derechos humanos, éstos engloban derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, ejemplo: Derecho a la vida, integridad personal, libertad personal, libertad de conciencia y manifestación del pensamiento, derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales.

El profesor italiano nos explica sobre la diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales (esto lo explica en el desarrollo de sus cuatro tesis). Los primeros, son normas, mientras que los derechos patrimoniales son predispuestos por normas. Esto tiene que ver con su estructura jurídica de los derechos. Los derechos patrimoniales

concepto de “Constitución Material”, como respuesta al vacío constitucional de la declaración de derechos; en España, se entendió como un instrumento para resolver conflictos de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, e incluyen normas constitucionales, los estatutos autonómicos y demás legislaciones que regulan los órdenes territoriales; en Italia, la idea se asocia a la “norma interpuesta” definida como norma de rango de ley ordinaria pero que, por mandato de la Constitución, limita otras normas como un parámetro de control de constitucionalidad. Eso quiere decir que existen normas con rango de valor constitucional al ser un parámetro del ejercicio constitucional. En un sentido general, en el proceso de adopción del bloque de constitucionalidad en los tres casos señalados, se logra entender en dos sentidos, primero, se logra resolver la jerarquía interna de los tratados de derechos humanos y segundo, en Estados de tradición democrática, se consolida el Poder Judicial frente al ejecutivo y el legislativo, pues se permite la injerencia del derecho internacional como refuerzo a los compromisos del Estado y de los límites normativos de los derechos humanos como disposiciones no negociables. Véase, GÓNGORA Mera, Manuel E. “La Difusión del bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano”. En BOGDANDY Armin von. Et al. (Coords) *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2014. P.p. 301-328.

están sujetos a ser constituidos, modificados o extinguidos por actos jurídicos; en cambio los derechos fundamentales tienen su título inmediatamente en la ley. (Ferrajoli 2004).

También, se les puede llamar a los derechos fundamentales normas téticas, puesto que no sólo las normas adscriben derechos fundamentales sino también las que imponen obligaciones. En consecuencia, citando a Ferrajoli en su cuarta tesis de los derechos fundamentales y sus garantías, nos dice que: Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (prestaciones) o prohibiciones (de lesión). Llama Ferrajoli garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las violaciones de los derechos, es decir, las trasgresiones de sus garantías primarias.

Por lo tanto, los Derechos Fundamentales son:

“...derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiendo por derechos subjetivos cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas” (Aguilera 2011).

Del párrafo anterior, resaltamos que más allá que los derechos fundamentales florezcan y se desarrollen por un sistema político de representación, la democracia social, según distingue Ferrajoli, propone que la mera

legalidad como una característica política del Estado quede subordinada a la positivación y reconocimiento de una estricta legalidad de cualidad sustancial. En otras palabras, los derechos fundamentales son inviolables, limitan el poder público y promueve la disminución a las restricciones de las libertades individuales y colectivas.

Este modelo garantista refiere un mayor Estado de Derecho social y un menor Estado de Derecho liberal. Al respecto, Ferrajoli, en su obra “Derecho y Razón Teoría Garantista del Derecho Penal”, comenta que:

Cuando un ordenamiento constitucional incorpora sólo prohibiciones, el aumento éstas en las leyes sustantivas las podemos ver con el mayor endurecimiento de las penas¹¹, por ello, el Estado que “requiere prestaciones negativas en garantía de los derechos de libertad, se le caracteriza como Estado de derecho liberal; cuando por el contrario incorpore también obligaciones, que requiere prestaciones positivas en garantía de los derechos sociales, se le caracterizará como Estado de derecho social” (Ferrajoli 1995).

Al respecto, los problemas del Estado para alcanzar el pleno respeto de los Derechos Humanos y asegurarlos, lleva ciertas adecuaciones jurídicas. Nos comenta el Profesor Italiano que las garantías liberales que requieren del Estado prestaciones negativas, o sea mayormente prohibitivas, no cuestan nada; en cambio, las garantías sociales demandan al Estado prestaciones positivas se reflejan en un coste económico y de diversa índole. La finalidad de las primeras, a través de sus prohibiciones, es defender o conservar las condiciones pero-políticas o naturales como la vida, las libertades, las inmunidades, frente a los abusos de poder; en cambio las segundas,

¹¹ Al respecto, existen en el mundo distintas escuelas penales que se han encargado del estudio del delito, la pena y el delincuente. En este sentido, una de tendencia del endurecimiento de las penas y con ello la proliferación de normas prohibitivas es la Escuela jurídico-penal positiva en Italia, donde resaltan exponentes como Enrico Ferri, Garófalo, Lombroso, entre otros. Al respecto, Jiménez de Asúa realiza una caracterización de esta escuela en los siguientes puntos: a) Método experimental. A partir de este enfoque, el objeto de estudio es el delincuente, entonces habrá que atenderlo para llegar a conclusiones generales; b) la responsabilidad social. La objetividad se establece a partir de la convivencia social, por lo tanto, la responsabilidad es ante ésta y se debe combatir la peligrosidad del individuo; el delito, es un fenómeno natural y social producido por el hombre; la pena no es considerado como un castigo, sino un medio de defensa social. Véase, JIMÉNEZ De Asúa. La ley y el delito. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980. Pág. 52

tiene como fin adquirir condiciones sociales de vida, como puede es: la subsistencia, el trabajo, la salud (Ferrajoli 1995).

Debemos considerar que desde un punto de vista sustancia y social de la democracia, el Estado de derecho equivale a la democracia, más allá de la voluntad de las mayorías, refleja los intereses y necesidades de todos y todas. Éste último punto, es un hilo conductor para entender los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, puesto que si bien es cierto, uno de los principios fundamentales de la democracia es la representatividad de las mayorías, ni siquiera por voluntad de éstas últimas se puede privar un derecho sea individual o colectivo.

En consecuencia, considerar los derechos humanos como normas implica su carácter obligatorio y por ende, tales prerrogativas no surgen ni las reconoce el Estado, puesto que son leyes de carácter intemporal; también, los contenidos de derechos humanos no sólo se encuentran en tratados exclusivos en la materia, también existen otros instrumentos internacionales que contienen dichas disposiciones, tales como los estatutos de los tribunales internacionales y sus jurisprudencias; ubicar las garantías primarias y secundarias de un tratado en el rubro de derechos humanos es conocer sus disposiciones, alcances y límites de derechos y responsabilidades.

La Teoría Garantista de Ferrajoli aplicada a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, permite cumplimentar las características de tales prerrogativas como: universalidad, interdependencia, individualidad y progresividad. Así, al momento que los impartidores de justicia realizan un Control difuso de la Convencionalidad, no sólo incumbe en un ámbito de carácter penal, sino que logra permear otras esferas del derecho como: civil, mercantil, familiar, agrario, etcétera. Por ello, la Teoría Garantista es totalmente compatible con el Control difuso de la Convencionalidad, pues se incluyen medidas que configuran un mayor Estado de Derecho social.

II.II. Aplicación práctica del modelo garantista ferrajoliano.

Ahora bien, el análisis de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a través de este método garantista, proporcionarán una herramienta útil a los impartidores de justicia, siendo que tales instrumentos no deben ser aplicados por un método exegético, sino por la identificación de las garantías antes vistas para determinar si el Tratado en análisis favorece mejor a la persona o el texto constitucional contiene mayores garantías.

De acuerdo a nuestra Constitución Política, se establece la obligación de todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de promover, proteger y garantizar los derechos humanos. Así, los impartidores de justicia de los diferentes niveles que establece su estructura, son encargados de interpretar las normas y en su caso, resolver controversias constitucionales¹².

Consideramos que, por un lado, la Teoría Garantista de Ferrajoli aplicada a los Derechos Humanos a un nivel constitucional, evidencia vacíos tanto en garantías primarias como secundarias, por el otro, resulta trascendental trasladar estas directrices del modelo ferrajoliano a los Tratados Internacionales en la materia, toda vez que, al considerarse esos instrumentos como meras normas supranacionales, muchas veces pueden cubrir los vacíos constitucionales de los Estados.

Algunos ejemplos de instrumentos internacionales de derechos humanos que podemos proporcionar son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Al respecto, si adoptamos la propuesta ferrajoliana para analizar lo relativo a los derechos de debido proceso como muestra, vemos que las Garantías primarias se ubican de la siguiente manera:

La DUDH fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948. Tal instrumento consta de un preámbulo y 30 artículos.

¹² Estas controversias constitucionales de competencia judicial se establecen en los artículos 1, 103, 105 y 107. Incluyendo con esto, la competencia en materia de amparo.

Garantías Primarias:

Las expectativas positivas, refiriéndonos a los derechos subjetivos de debido proceso, por ejemplo, se encuentran en: el Preámbulo, donde se reconoce la dignidad intrínseca del ser humano, la igualdad entre las partes y la extensión de estos principios a los miembros de la familia humana; también los artículos 1, 2, 6, 7, 8, 10, 11 y 14, forman parte de estas expectativas cuando reconocen: la igualdad entre las partes sin discriminación, la personalidad jurídica, derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales, derecho de oralidad y publicidad ante la justicia, la presunción de inocencia, a solicitar asilo político.

Las expectativas negativas de la Declaración se ubican en los artículos 2 (Párrafo II), 5, 11 (párrafo II) y 12. Este tipo de expectativas son de carácter prohibitivas: prohibición de discriminación por cualquier condición, prohibición de la tortura, a la irretroactividad en perjuicio de persona alguna, abuso de autoridad o injerencia arbitrarias.

Garantías secundarias:

Entendidas como obligaciones concretas del Estado, no figuran en este instrumento, por lo tanto, se confirma su carácter más declarativo en un modelo garantista al contener preponderantemente expectativas o prestaciones positivas que negativas. Empero, no se debe restar mérito a este instrumento debido a que se consolida como plataforma para interpretar otros instrumentos. Bajo la Teoría garantista se sugiere cubrir los vacíos de las Garantías secundarias con la legislación interna en México y/o la jurisprudencia internacional.

En cuanto al PIDCP, fue adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por virtud de la Asamblea General de la ONU bajo la resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1996, entrando en vigor el 3 de enero de 1976. La vinculación de México fue hasta el 23 de marzo de 1981, previa aprobación por el Senado el 18 de diciembre de 1980, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 19 de enero de 1981 y su publicación en el DOF fue el 12 de mayo de 1981 (Carbonell & Pérez-Portillo

2003). Realizando el ejercicio de aplicación de la teoría ferrajoliana bajo el mismo supuesto de derechos de debido proceso vemos lo siguiente:

En el Preámbulo del PIDCP se fundamenta por la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Carta de Naciones Unidas. Por ello, el anterior instrumento es de vital importancia.

Garantías primarias:

Las expectativas positivas las encontramos en: los artículos 6 (puntos 1 y 4), 9, 10, 14, 16, 17 (punto 2), 24 y 26. Estos se refieren concretamente a: derecho a la vida e indulto por pena de muerte, derecho a conocer las razones en momento de su detención, acceso a la justicia, derechos en un régimen de privación de la libertad, igualdad jurídica, a ser escuchado ante un tribunal, presunción de inocencia, a ser asistido por un abogado, a la apelación de una sentencia condenatoria, reconocimiento de la personalidad jurídica, entre otros derechos que se mencionan.

Las expectativas negativas o prohibitivas se establecen en los artículos: 6 (puntos 1, 2 y 5), 7, 9 (punto 1), 11, 14 (punto 7), 15 y 17. Estas prohibiciones se refieren a: nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, prohibición de pena de muerte a menores de 18 años, prohibición de la tortura, a las detenciones ilegales, injerencias arbitrarias, a ser juzgado dos veces por el mismo delito, a la irretroactividad de la ley en perjuicio de la persona, entre otras prohibiciones.

Garantías secundarias:

Son obligaciones concretas que tiene el Estado para el cumplimiento de los derechos fundamentales, podemos encontrarlas en los artículos: 2, 3, 28, 40 y 41 (punto 1) que mencionan: el Estado se compromete a respetar y garantizar a los individuos que se encuentren en su territorio, a adoptar medidas oportunas para dictar disposiciones legislativas y de diversa índole para hacer efectivo los derechos, la obligación de proveer recursos efectivos de apelación o amparo, se comprometen a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres para el disfrute de los derechos civiles y políticos, los Estados se compro-

meten a establecer un Comité de Derechos Humanos para vigilar el cumplimiento del Pacto, a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos del Pacto, todo Estado parte puede declarar que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones que un Estado parte alegue que otro Estado no cumple las obligaciones del Pacto, entre otras obligaciones.

Como vemos, la adopción de la Teoría Garantista permite analizar los distintos rubros que le competen a los instrumentos internacionales, desde nuestro punto de vista, siendo que el incumplimiento de algún derecho o una posible violación a un derecho fundamental no lleva consigo la inobservancia de todo el tratado o instrumento, sino de disposiciones particulares. De esta forma, podemos identificar si México cumple con las disposiciones tanto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del PIDCP y en qué rubros específicamente le falta fortalecer.

La trascendencia de la Teoría Garantista no es mostrar la urgente aplicación de un Control difuso de Convencionalidad, que es algo evidente a partir de la reforma constitucional de 2011, sino más bien, aterrizar los instrumentos internacionales identificando las garantías primarias y secundarias que abonen a facilitar la impartición de justicia, la protección y promoción de los derechos humanos desde cualquier punto de las estructuras del Estado, pues como ya hemos mencionado, todas las autoridades están obligadas a ajustarse a las normas del *ius cogens*.

III. Conclusiones

Podemos concluir que los tratados internacionales de derechos humanos recobran importancia del derecho internacional en México y permiten superar obstáculos de la vieja tendencia proteccionista y miope que confirmaba una supremacía del texto constitucional sobre otros ordenamientos.

Así, los tratados internacionales de derechos humanos tienen una evolución en su característica progresiva, y con ello, se establecen nuevos mecanismos de protección, propuestos desde foros como la ONU y OEA. Así, todas las autoridades en el ámbito de sus competencias se incursionan en una nueva dinámica que permitirá legitimar el Estado de derecho.

Para esto, la teoría garantista de Luigi Ferrajoli, aplicada a los tratados internacionales de derechos humanos, es compatible con la dinámica del derecho internacional. Así, el Control Difuso de la Convencionalidad se ve nutrido por los lineamientos de esta teoría, toda vez que, se logran analizar e interpretar los instrumentos internacionales en derechos humanos y conexos para cumplimentar la función de las instancias tanto jurisdiccionales como administrativas en nuestro país. En este sentido, se sugiere considerar los distintos estatutos de las instancias jurisdiccionales permanentes y ad hoc, puesto que son foros de interpretación de instrumentos globales y su experiencia puede abonar a la creación de un modelo de mayor protección.

Las garantías primarias y secundarias que propone el Garantismo se expresan en derechos, prohibiciones y obligaciones, dejando de lado la producción de medidas prohibitivas de un Estado liberal de derecho y estableciendo diversos mecanismos en la construcción de un Estado social de derecho, pues el fin último del Estado en el resguardo de los derechos fundamentales es la justicia restaurativa, la cual es sugerida por instrumentos como la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual México es Parte.

A nuestro entender, la Reforma Constitucional de 2011 en materia de derechos humanos es un punto de inflexión en la apertura de nuestro país con el derecho internacional. Con esto, paulatinamente se resuelven controversias de la norma aplicable para casos de derechos humanos, manifestándose el recurso del bloque de constitucionalidad sobre la jerarquía de las normas y la obligatoriedad de estas prerrogativas como

no negociables. Por lo tanto, el punto medular de esta nueva tendencia se encamina a desarrollar un marco teórico compatible con los derechos humanos, siendo la teoría garantista una respuesta parcial, que sin duda alguna, es un esfuerzo contra impunidad de las violaciones a nuestros derechos globales.

Referencias

- Aguilera, P. R. E. 2011. Los Derechos Fundamentales en la Teoría Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli. págs. 49-82 In: Aguilera Portales R.E. (ed.) *Nuevas Perspectivas y Desafíos en la Protección de los Derechos Humanos*. Univesidad Nacional Autónoma de México (UNAM).México, D.F.
- Anónimo. 1992. Ley sobre la Celebración de Tratados. Consultado el 3 de Septiembre de 2014: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/216.pdf>
- Anónimo. 2006. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Consultado el 10 de Octubre de 2014: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/almonacidarellano.pdf>
- Anónimo. 2012. Que reforma el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Consultado el 12 de Septiembre de 2014: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Black/Gaceta/Anteriores/62/2012/oct/20121002-II/Iniciativa-5.html>
- Anónimo. 2014. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Consultado el 5 de Octubre de 2014: http://www.dof.gob.mx/constitucion/marzo_2014_constitucion.pdf
- Astudillo, R. C. 2011. Mesa 2. Control Difuso de Constitucionalidad y Convencionalidad, In. Videoteca Jurídica de la UNAM, Seminario Praxeología de los Derechos Humanos. Debate del nuevo marco Constitucional, México D.F.
- Bacigalupo, E. 2005. Derecho Penal y el Estado de Derecho. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, p.p. 371.
- Caballero, O. J. L. 2011. La Cláusula de Interpretación Conforme y el Principio pro persona (Artículo 1o., Segundo Párrafo, de la Constitución) P.p. 103-133. In: M. y. Carbonell, La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma (ed.) Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, D.F.
- Carbonell, M. & K. Pérez-Portillo. 2003. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Editorial Porrúa, México. D.F.
- Ferrajoli, L. 1995. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Trotta, Madrid. 991 p.p.
- Ferrajoli, L. 2004. Derechos y Garantías. La Ley del más débil. 4ª ed, Trotta, Madrid. 180 p.p.
- García-Valdecasas & Fernández-Rafael. 2004. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea. *Revista Jurídica de Castilla y León*. (3): 13-48.
- Góngora, M. M. E. 2014. La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano. P.p. 301-328. In: A.V. Bogdandy, et.al. (Coords), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). México, D.F.
- Jiménez De Asúa. 1980. La ley y el delito. Sudamericana, Buenos, Aires.
- Jinesta, E. L. 2013. Control de Convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. P.p. 2-28. In: E.F. Mac-Gregor (Coord.) *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Editorial FUNDAP. México, D.F.
- Malarino, E. T. 2004. La parte general de un Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática. Fundación Konrad-Adenauer Uruguay.
- Marqués, R. E. G. 2011. El Soft Law en el Derecho Internacional y su Impacto en las Relaciones Internacionales Contemporáneas. P.p. 115-154. In: M. Seara Vázquez, La Sociedad Internacional Amorfa. Soluciones Inadecuadas para Problemas Complejos. UNAM-UMAR. México, D.F.
- Merino, et. al. 2010. Setec.gob. Consultado el 6 de Septiembre de 2013: <http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/ProcesoAplicacion.pdf>
- Nogueira, A. H. 2012. Los Desafíos del Control de Convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1167-1220.
- Ollé Sesé, M. 2008. Justicia Universal para Crímenes Internacionales. La Ley, Madrid. 550 p.p.
- Pérez Nieto, L. 2002. Derecho Internacional Privado. Parte general. Oxford Univesity Press. México, D.F. 800 p.p.
- Ramos, K. U. S. 2010. La Justicia Internacional Penal. *Ciencia y Mar XIV* (40): 11-25.
- Rodriguez, M. G. E. 2013. Reforma DH. Consultado el 18 de Marzo de 2015: <http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Bloque%20de%20constitucionalidad.pdf>
- Rousset-Siri, A. J. 2011. El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*. I (1): 59-79.

Recibido: 01 de Diciembre de 2014

Aceptado: 19 de Mayo de 2015