

CABALLERO OCHOA, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009, 375 pp.

Entre los temas que mayor atracción ejercen sobre constitucionalistas e internacionalistas —pero también sobre los cultivadores y aplicadores de otras disciplinas—, y que poseen, desde luego, enorme trascendencia práctica para la sociedad y relevancia para el buen desempeño del poder público, figura el seleccionado por el doctor Caballero Ochoa para el excelente libro al que dedico estos comentarios: incorporación nacional de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En mi concepto, se podría ampliar el título de la obra —habida cuenta el alcance y la riqueza de su exposición— para abarcar no solamente los tratados internacionales, sino también el conjunto del derecho internacional de los derechos humanos —al que alude reiteradamente el autor—, compuesto por numerosos actos jurídicos. En este catálogo figuran, con especial relevancia, los tratados o convenciones en sentido estricto.

Saludo con el mayor aprecio la aparición de esta obra valiosa que se suma a la creciente bibliografía mexicana sobre el derecho internacional de los derechos humanos, a la que ha hecho plausibles aportaciones el profesor Caballero Ochoa. En este caso, se trata de la tesis doctoral presentada en España ante un jurado de alta calidad, que obtuvo la calificación de sobresaliente, *cum laude*. No omito mencionar que muchos buenos trabajos incorporados últimamente a la bibliografía jurídica mexicana tienen el mismo origen: tesis doctorales elaboradas en diversos países —México inclusive, desde luego—, que renuevan la reflexión jurídica en nuestro medio. En un extenso prólogo, de muy provechosa lectura, el doctor Eduardo Ferrer MacGregor destaca varios aspectos del libro en cuestión, y sostiene que éste posee, como uno de sus principales méritos, “acudir a la mejor doctrina del constitucionalismo actual cosmopolita y del derecho internacional de los derechos humanos, sin abandonar por eso la doctrina nacional” (p. XVII).

Hace poco más de un año —escribo estas líneas al cabo de 2009— la Corte Interamericana de Derechos Humanos celebró un periodo extraordinario de sesiones en la ciudad de México. Esta reunión del tribunal, que corresponde a la serie de periodos extraordinarios desarrollados a partir de 2004 en diversas capitales del continente, además de la sede del tribunal (San José, Costa Rica), coincidió con la conmemoración del reconocimiento por parte de nuestro país de la competencia contenciosa de la Corte (diciembre de 1998), y estimuló la realización de un seminario dedicado, precisamente, al análisis de la recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y, dentro de éste, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Fruto de estas reflexiones es un volumen aparecido al término de 2009, merced a la coedición acordada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Secretaría de Relaciones Exteriores. Menciono todo esto, no sólo por la identidad que existe entre los temas del seminario mencionado y de la obra de Caballero Ochoa, sino porque éste concurrió al citado encuentro con otro importante estudio en torno a la materia de referencia: “La recepción de jurisprudencia internacional y la ejecución de fallos en tribunales nacionales. Apuntes para su estudio”.

Me permitiré mencionar de nueva cuenta algunas apreciaciones que he vertido en otras oportunidades en torno a la recepción nacional del ordenamiento internacional, por lo que respecta a los derechos humanos, recepción que ha ganado terreno y que se abre paso en nuestro país, paulatinamente, superando rezagos y sorteando obstáculos, que el propio Caballero Ochoa examina con detalle en el quinto capítulo de su obra (pp. 273 y ss.).

La recepción corre por varios caminos o transita sobre diversos “puentes”, si se me permite la expresión. En primer término —que descuella por el rango normativo— existe una importante recepción constitucional, bajo diversas fórmulas. No me refiero solamente a Europa —el tratadista menciona los singulares casos de España y Portugal—, sino principalmente a América: Argentina, Guatemala, Colombia, Venezuela y Bolivia son ejemplos de ese camino andado, con diversas modalidades.

A la recepción constitucional se agrega la recepción legal: disposiciones secundarias que desarrollan aquélla y facilitan el tránsito del orden internacional al nacional, sobre todo —pero no exclusivamente— en lo que respecta al cumplimiento de las decisiones (con variada naturaleza) emanadas de instancias internacionales.

Agreguemos la recepción jurisprudencial, que ha tomado profundidad y velocidad en varios países de nuestro continente, y que permite el buen flujo de los actos internacionales hacia las funciones públicas internas, particularmente las de carácter jurisdiccional. A esta cuestión he dedicado reflexiones, en mis votos emitidos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bajo un concepto de gran importancia: el denominado “control de convencionalidad”, que últimamente ingresó, en forma explícita, a la jurisprudencia de ese tribunal regional. En su prólogo, Ferrer MacGregor invoca un estimable pronunciamiento de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, de 2006 (p. XX).

Añadamos otras expresiones de la recepción. Una de ellas es la política, en la medida en que el orden internacional de los derechos humanos, acogido con amplitud por los Estados, con apremio de la población —el factor de la “sociedad civil” en la tutela de los derechos humanos—, orienta cada vez más —al menos formalmente— las políticas públicas: hoy se suele querer y decir “política con orientación de derechos humanos”.

Una vertiente más de la recepción —que tal vez debí citar en primer término— es cultural. Si la cultura de la legalidad, o bien, como prefiero decir, de la juridicidad, se halla tanto en el cimiento como en la operación real de la vida democrática y el Estado de derecho, otro tanto ocurre en el espacio de los derechos humanos: el poder de esa cultura, con verdadero arraigo, concurre a incorporar en el ámbito nacional los estándares prevalecientes en el internacional, o bien, en contraste, a resistir y disuadir su ingreso, como ha sucedido en ocasiones.

La columna vertebral de la obra, que el tratadista expone en la “Introducción”, es el examen —puntual y penetrante, a mi juicio— de la forma en que el derecho internacional “se torna un ejercicio de justicia constitucional de forma cotidiana en España, y cómo este orden jurídico doméstico —no sin reticencias— ha encontrado un mo-

delo plausible para beneficiarse del gran modelo constitucional” en materia de derechos humanos, fraguado en Europa a partir del Convenio de Roma, de 1950 (p. XXXVII). Este proceso de recepción —como también su “incipiente” equivalencia en México, dice el autor— ejemplifica el proceso de “encuentro entre el derecho *ad gentes* y el derecho constitucional” (p. XL).

El estudio del profesor Caballero inicia con una exploración de las vertientes de análisis jurídico de los derechos humanos: jusfilosófica, constitucional e internacional. Se detiene en este punto para examinar los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sus notas específicas, su aplicación en el orden interno de los Estados; en virtud de “su objeto y fin, este tipo de tratados —observa— tiene pretensión de ingresar al ámbito doméstico al más amplio nivel normativo” (p. 21).

Aquí destaca —como lo hará en numerosos lugares de la obra— el principio *pro persona* a título de referencia reguladora de la conformidad del derecho interno con los tratados sobre derechos humanos. Estima “necesaria (la) adopción de la cláusula *pro persona* como el criterio interpretativo para discernir la aplicación de uno u otro espacio normativo, máxime en el caso de antinomias y siguiendo criterios de proporcionalidad” (p. 62).

El autor ilustra sus afirmaciones sobre esta materia con el criterio sustentado por la Corte Interamericana en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua, de 2001 (p. 25), en que el tribunal abrió la puerta a la aplicación del derecho consuetudinario indígena para establecer el alcance del derecho a la propiedad, previsto en el artículo 21 del Pacto de San José, a favor de los miembros de una comunidad sobre las tierras que ésta reclamaba. Debo agregar que este caso, primero de su género conocido por el tribunal regional, puso las bases de la jurisprudencia de la Corte acerca de los derechos de miembros de comunidades indígenas, figura sociojurídica que no tiene titularidad de derechos humanos en los términos del precepto 1.2 de ese Pacto, y que por ello pudiera quedar excluida —cosa que no ocurrió— de la consideración judicial interamericana.

Al referirse a la interpretación bajo el signo *pro homine* y a las reservas de los Estados con respecto a tratados internacionales, Caballero Ochoa aborda algunas cuestiones relevantes y polémicas, que con-

ciernen a la competencia de la Corte Interamericana —competencia en razón del tiempo y la materia— para conocer de determinadas violaciones a derechos humanos, conocimiento que puede quedar de lado conforme a las reservas o, en su caso, declaraciones limitativas formuladas por los Estados, al tiempo de ratificar una convención o adherir a ella o reconocer las atribuciones del tribunal internacional para la decisión de litigios (pp. 36 y ss.). Ciertamente, el asunto de la competencia reviste enorme importancia y ha sido objeto de diversas apreciaciones que requieren cuidadoso examen.

Enseguida, la obra comentada medita en torno al Estado constitucional como receptor de la norma internacional, y en este espacio se explaya sobre la influencia de los tratados de aquella especialidad en la construcción del orden constitucional, en la inteligencia —manifiesta el autor, con razón— de que “el tema de los derechos humanos ha sido el que más ha influido en la dinámica constitucional y en las relaciones del Estado con la propia sociedad”. Los grandes momentos de “ruptura y recomposición de las instituciones en el desarrollo constitucional de Occidente, desde sus inicios, han estado vinculados mayormente al ejercicio de los derechos” (pp. 45 y 46).

En el capítulo segundo se pasa revista al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma, de 1950) y a los órganos que éste crea para la tutela de tales derechos y libertades: Comisión Europea, suprimida por el protocolo 11, y Corte Europea. Este pormenorizado panorama que formula el tratadista sugiere al lector, inevitablemente, el cotejo de aquellos instrumentos con sus correspondientes americanos, tanto en puntos de organización y competencia como en supuestos de procedimiento, entre ellos la legitimación procesal activa de la víctima, a la que también se designa como *jus standi*.

Hay semejanzas y diferencias entre los sistemas europeo y americano, unas y otras de notable importancia. A varias de ellas se refiere el autor (pp. 106 y ss.). Por mi parte, señalaré que tanto el tribunal europeo como el interamericano son órganos judiciales permanentes (el interamericano ya lo es y lo ha sido siempre, sin duda alguna: la permanencia no deriva de la mayor o menor frecuencia de las reuniones del colegio de magistrados, sino del ejercicio ininterrumpido y

constante de sus atribuciones jurisdiccionales, ejercicio que ha corrido con normalidad a lo largo de tres décadas).

Hoy día, la víctima comparece directamente ante el tribunal europeo, no así ante el interamericano. Las ventajas y desventajas de cada una de estas soluciones han sido ampliamente analizadas. Obviamente, el adecuado tratamiento de esta materia no depende solamente del mayor o menor acomodo a cierto modelo genérico, sino de la mejor correspondencia con las circunstancias en que actúa cada órgano, y con la tutela —efectiva— de los derechos humanos.

Caballero Ochoa ingresa a la polémica y menciona algunos temas inquietantes con respecto al sistema europeo, entre ellos el “costo que tuvo la eliminación de la Comisión”, que en su tiempo permitió “el filtro de los casos, mediante la resolución de admisibilidad. La resolución de los mismos mediante la figura del acuerdo amistoso [y] La contención a la intervención directa del individuo en calidad de actor en el procedimiento contencioso”. A estas alturas —sigue diciendo— “parece que el TEDH (Tribunal Europeo) se ha convertido en un aparato muy pesado, de difícil accionar, y las cargas vertidas sobre su estructura han estado erosionando de alguna forma su labor” (pp. 79 y 80).

Reviste suma importancia la eficacia de las resoluciones del Tribunal Europeo, que también examina el tratadista. Advierte que aun cuando las sentencias revisten fuerza obligatoria, son meramente declarativas, y dejan la correspondiente ejecución en manos de los Estados (p. 91). Esto —comenta—:

No sólo significa un espaldarazo al Estado ante el ejercicio de su soberanía en la resolución de los asuntos bajo su jurisdicción, sino que permite cumplir puntualmente una resolución del TEDH, al que no le corresponde por principio conocer ni involucrarse en los múltiples aspectos internos que pueden estar implicados en la ejecución de la sentencia [p. 94].

En un capítulo posterior, Caballero Ochoa volverá sobre este asunto tan inquietante. Planteará y procurará responder una interrogante mayor: “¿De qué sirve suscribir los compromisos si en realidad no existen mecanismos para la ejecución de las sentencias, que es la finalidad de la competencia contenciosa del TEDH?”. Si el tema de

la eficacia no ha tenido gran despliegue doctrinal en los últimos años en España —informa el autor— en este país “ha tenido un buen record de comportamiento con respecto al TEDH”, sobre todo si se le compara con países del este de Europa y con Turquía (p. 206). En todo caso, considera difícil la reforma constitucional, y practicable y suficiente la modificación en el plano de las leyes procesales para proveer al cumplimiento de las sentencias del órgano judicial internacional (p. 235).

Otro asunto muy relevante es el principio del margen de apreciación, ampliamente examinado por la doctrina europea (siempre excluido por la Corte Interamericana, que evidentemente ha preferido guardar distancia frente a aquél, y asegurar, de este modo, la más completa unidad de criterio a escala continental). El margen de apreciación —indica Caballero— “parece jugar un poco en contra de la vía de constitucionalización del TEDH, ante el hecho de que los Estados establecen sus propias vías de interpretación”. Empero, existe “un bagaje interpretativo tras telón”, que alivia ese problema (p. 103).

Una buena parte de la tesis doctoral del profesor Caballero Ochoa se destina, como es natural, al estudio de la relevancia, el papel, el impacto de los tratados sobre derechos humanos en España, a partir de 1978, fecha en que fue expedida la Constitución. El análisis del tratadista es muy cuidadoso y está ampliamente documentado. Aquí figuran de manera central los artículos 10.2, sobre el que hubo diversas opiniones en el curso de los debates de las Cortes Constituyentes (pp. 152 y 153), y 93 a 96 de aquella ley fundamental.

El primero de esos preceptos contiene un mandato interpretativo: adecuar a los tratados el contenido de los derechos fundamentales. Esto permite salir del conflicto de incorporar a la Constitución los tratados sobre derechos humanos; para esta solución, el Constituyente español tuvo a la vista la Constitución de Portugal (p. 167). En concepto del autor, la propia Constitución española admite el principio de primacía del orden jurídico europeo, por una doble vía: el principio de competencias que constituye la forma más adecuada de vincular entre sí los ordenamientos constitucional e internacional, y el sistema de compatibilidad constitucional integrado por los artículos 10.2, 93 y 96 de aquélla (p. 261).

Como antes señalé, el proceso de recepción discurre, de manera relevante, a través de los tribunales nacionales. De ahí el acento que este tema posee en la obra de Caballero Ochoa, quien examina el impacto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en el orden interno, considerando, en este punto, que “desde el inicio de su vinculación constitucional, son los tribunales españoles los encargados de la mayor comunicación hacia el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, como el espacio donde se efectúa en la cotidianidad la experiencia de aplicación del artículo 10.2” de la Constitución española (pp. 179), tarea que corresponde a los jueces nacionales y especialmente al Tribunal Constitucional.

En este orden es preciso acoger la idea de que la interpretación practicada a partir del artículo 10.2 “efectivamente debe producir una ampliación del derecho y no una restricción, es decir, el canon hermenéutico no es neutro ni se aplica en cualquier caso, sino *pro persona*”; para ello, la lectura del intérprete debe ser consecuente con el derecho internacional de los derechos humanos, el Convenio Europeo y la propia Constitución interna, que establece la amplia protección de los derechos humanos (p. 197).

Como indiqué, el capítulo quinto de la obra aborda la recepción y eficacia de los tratados sobre derechos humanos en México. Vale reconocer, por supuesto, que en nuestro país se halla todavía pendiente el gran desarrollo que merece esta materia. Sin embargo, hay pasos adelante muy significativos y alentadores. México impulsó su propia integración en el ámbito de la tutela internacional de los derechos hace cerca de treinta años, al recibir —en 1981— tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como los Pactos Internacionales de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Posteriormente se produjo un notorio acercamiento al sistema interamericano, particularmente en lo que toca a la jurisdicción regional. El siguiente paso sería el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, del que ha derivado una serie de planteamientos litigiosos que ese tribunal ha comenzado a despachar conforme a sus atribuciones.

Caballero Ochoa estima que el vacío constitucional en la materia que nos interesa obedece a la ausencia de dos “claves de lectura” o deficiencias normativas constitucionales. Una de ellas tiene que ver

con el régimen de los derechos fundamentales; la otra, con la carencia de “pluralidad ordinamental”. Aquello se relaciona, en concepto del autor, con el insuficiente “grado de compromiso con los derechos fundamentales”; lo segundo, con la falta de vinculación entre el orden nacional y el internacional “no a partir de la pirámide jerárquica, sino desde el principio de competencias, en donde la supremacía de la Constitución implica establecer las reglas de integración que resuelven la convivencia de distintos conjuntos normativos” (pp. 277-279).

Actualmente, la ley constitucional mexicana carece de disposiciones sistemáticas sobre tratados internacionales, más allá del artículo 133, tomado del antecedente estadounidense, y de algunas otras disposiciones que ciertamente no alcanzan a integrar un verdadero sistema a propósito del valor y la interpretación de los tratados. Como se sabe, la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado sobre algunos extremos del artículo 133, y establecido, con criterios diversos, la relación de rango entre las leyes emanadas de la Constitución y los tratados internacionales.

En fin de cuentas, la solución jurisprudencial prevaleciente es discutible, como también lo es el régimen de incorporación de los tratados al orden jurídico doméstico. La “pobreza del discurso constitucional” (p. 306), en este punto, contrasta con el mejor ejercicio normativo en leyes secundarias, que incluyen cláusulas de interpretación de los derechos humanos a la luz de los tratados internacionales y el principio *pro persona* como criterio de interpretación. Se cita, como ejemplo de esto último, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, de 2003 (pp. 307 y 308).

El autor también comenta algunas sentencias de la Suprema Corte que “han ganado un peso importante en la opinión pública en los últimos años, precisamente ante lo que ha sido considerado como pésimas resoluciones en la protección de derechos fundamentales” (p. 313). Se refiere al denominado caso Castañeda, que fue conocido, asimismo, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y al recurso de apelación resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte en torno a la prescripción de graves violaciones de derechos humanos, como el genocidio.

En el examen de este último asunto, el profesor Caballero trae a cuentas la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la inoponibilidad de disposiciones internas con respecto al deber de justicia sobre graves violaciones, jurisprudencia que califica como “consistente, contundente, y consecuentemente, insoslayable” (p. 330). En este punto, el autor concluye que la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio, que se hallaba vigente en México cuando ocurrieron los hechos *sub judice*, implica la obligación a cargo del Estado de interpretar el tratado en el sentido de que la imprescriptibilidad del delito de genocidio constituye una norma de *ius cogens* (p. 332).

En la sección de conclusiones generales de la obra, aparece una sugerencia para la integración del artículo 1o. constitucional, bajo el designio de la mejor protección de los derechos fundamentales. La propuesta consta de cuatro elementos: a) relevancia explícita, en el plano de la ley suprema, de los tratados en materia de derechos humanos; b) adopción del criterio de interpretación que acoge el artículo 10.2 de la Constitución española; c) cláusula *pro persona* para resolver antinomias entre la norma interna y la norma internacional, y d) obligación de ejecutar las resoluciones de los organismos previstos en los tratados, “especialmente las sentencias de los tribunales”, expresión que implica el deber de ejecutar, igualmente, otras decisiones de diversas instancias internacionales (p. 343).

Sergio GARCÍA RAMÍREZ\*

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.