

# Derechos Humanos, contrapeso al ejercicio del poder

## *Human Rights, Counterweight to The Exercise of Power*

Alfonso Jaime MARTÍNEZ LAZCANO<sup>1</sup>

**Resumen:** La idea fundamental es determinar si la fórmula tradicional de la división de poderes, ha sido un método eficaz para evitar la concentración del poder en una persona, uno de los fines principales de las democracias modernas latinoamericanas; generar políticas públicas adecuadas para el combate a la desigualdad social, disminuir la corrupción, entre otras tareas esenciales del Estado social y democrático de derecho; o son los derechos humanos el medio más adecuado que se tiene para controlar el poder en la actualidad, cuya garantía está en manos de los seres humanos al promover la exigibilidad, la cual no le corresponde de forma exclusiva a los órganos del Estado, sino también a un nivel complementario de carácter convencional, partiendo de la experiencia mexicana.

**Palabras clave:** División de poderes, Derechos Humanos, Democracia, Estado social

**Abstract:** The fundamental idea is to determine if the traditional formula for the division of powers has been an effective method to avoid the concentration of power in one person, one of the main purposes of modern Latin American democracies; generate adequate public policies to combat social inequality, reduce corruption, among other essential tasks of the social and democratic state of law; or are human rights the most appropriate means to control power at present, the guarantee of which is in the hands of human beings by promoting enforceability, which does not correspond exclusively to the organs of the State, but also at a complementary level of a conventional nature, starting from the Mexican experience.

**Keywords:** Division of Powers, Human Rights, Democracy, Social State

## 1. Introducción

---

<sup>1</sup> Investigador del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel 1. Doctor en Derecho Público. Profesor e Investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas, <https://orcid.org/0000-0003-0367-4716>. Correo Electrónico: [alfonso.martinez@unach.mx](mailto:alfonso.martinez@unach.mx)

El poder permite administrar la riqueza colectiva, controlar la fuerza pública o privada, aprovechar el uso de las tecnologías; decidir lo que los demás deben realizar, hasta cómo pensar, dictar lo permitido y prohibido; contar con el imperio de someter cualquier acto disidente; imponer castigos, en síntesis: doblar la conducta social. Una forma de impedir que los que ejercen el poder lo hagan de forma arbitraria, que impongan sus intereses sobre los demás, es por medio del establecimiento de límites y finalidades específicas que se deben cumplir, en síntesis: promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos para contribuir al desarrollo individual y colectivo.

Un diseño de control nació en el siglo XVIII, mediante la desconcentración del poder, con la prohibición de monopolizar todas las funciones del Estado en una persona<sup>2</sup> o en un pequeño grupo, la idea es la vigilancia recíproca de las instituciones públicas, además, mediante el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales que a los gobernantes no se les puede restringir sin justificación y que necesariamente acceder al poder público es mediante elecciones populares, todas estas normas jurídicas están codificadas en el documento político denominado constitución.

Este modelo sufrió una modificación radical a partir del siglo XX, con la idea de los derechos humanos a través de declaraciones y tratados internacionales, ante el fracaso de las constituciones como único estándar para frenar la barbarie humana, así de forma gradual se han ido creando normas, principios y directrices que fijan determinados parámetros mínimos de protección al ser humano, que deben ser aplicados directamente por los Estados en sus regímenes internos, pero con la garantía complementaria de órganos diseñados especialmente para supervisar el cumplimiento de las pautas acordadas, lo que en su conjunto integran el derecho convencional.

La expresión “derecho convencional” cobija, en principio, las distintas clases de acuerdos, convenios y tratados que pueden celebrar los sujetos de derecho internacional<sup>3</sup>.

Los derechos humanos son una serie de prerrogativas que poco a poco, y a lo largo de la historia de la humanidad, se han manifestado como respuestas a las demandas sociales a quienes detentan el poder, no como simples concesiones, sino como resultado de la férrea lucha del hombre entre sí, para lograr un trato digno, que si bien hoy pueden estar sistematizados en convenciones y constituciones han sido resultado de emancipaciones detonadas principalmente por los horrores de la Segunda

---

<sup>2</sup>El artículo 49 de la Constitución mexicana dispone: No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo...

<sup>3</sup>Romero-Pérez (2015), p. 2.

Guerra Mundial. Así poder y derechos humanos son un binomio que se ha desarrollado en base a múltiples altercados recíprocos.

Este trabajo tiene como objetivo realizar un replanteamiento a los medios de control del poder público, más allá de la división de poderes, del origen popular de los gobernantes, a partir de la necesaria eficacia de los derechos humanos positivizados, cuya garantía interna le corresponde a los Estados mediante el ejercicio del control difuso de convencionalidad en Latinoamérica y en caso de omitir hacerlo, hay un nivel más de supervisión, a través de las instituciones creadas para vigilar la eficacia de los derechos y libertades aceptados por pactos regionales, que actúan de forma complementaria.

La pregunta fundamental es determinar ¿si los derechos humanos, con el impulso convencional, son el medio más eficaz para controlar el ejercicio del poder, que la fórmula constitucional de la división de poderes?, lo que lleva a plantearse otra concomitante, ¿la soberanía requiere de una nueva perspectiva, en tres niveles: individual, colectiva y general?

El trabajo se encuentra dividido en cuatro partes. La primera aborda la división de poderes, desde la fuente inicial y la evolución principalmente en México; la segunda, la democracia en sus diferentes facetas: formal, representativa, participativa, sustantiva y los derechos humanos; la tercera, el constitucionalismo y el impacto en el derecho nacional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y la cuarta, el convencionalismo de los derechos humanos y el control de convencionalidad.

## 2. División de poderes en México

La teoría clásica de la división de poderes, en síntesis, versa sobre la vigilancia que se hacen de manera recíproca los tres poderes tradicionales, para ello cuentan con distintas competencias, con la finalidad de evitar concentrar las funciones públicas en solo un órgano del Estado, lo que en el derecho anglosajón se conoce como *check and balance*, sustentada en que la rama Judicial corrige el desequilibrio en la balanza del poder<sup>4</sup>.

### 2.1. ORIGEN

---

<sup>4</sup>Mejía (2015), p. 34.

Jonh Locke (1690) previa dos poderes: el ejecutivo y legislativo, este último como poder supremo, también debería desarrollar las tareas judiciales, además del poder federativo, consistente en regular las relaciones entre los distintos Estados<sup>5</sup>.

La teoría general de la separación de poderes de Montesquieu prevé que el sistema jurídico distribuye el poder del Estado en tres órganos: el Legislativo, representante de la voluntad general del pueblo que expresa a través de las leyes; el Ejecutivo, encargado de dar cumplimiento a dicha voluntad, y el Judicial, que juzga los delitos y las diferencias entre particulares. Pero, además, el sistema comprende una serie de facultades y procedimientos que permiten que estos órganos — específicamente el Legislativo y el Ejecutivo— participen de otro poder [el judicial] sin confundirse con él<sup>6</sup>.

Esta exigencia define uno de los ingredientes esenciales que debe contener toda carta magna, para que se considere una constitución, así desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el artículo 16 dice: (...) *si una Sociedad en la que no esté establecida...la separación de los poderes, [esta] carece de Constitución.*

En la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, se implantó las funciones de los tres poderes habituales, artículos 1º del poder legislativo; el 2º del ejecutivo, y el 3º del judicial.

Sin el juego de las diversas reglas de la división de poderes no existe ni Estado de derecho ni democracia<sup>7</sup>.

## 2.2. EVOLUCIÓN DE LA DIVISIÓN DE PODERES

En una síntesis de la evolución constitucional en México, es la Constitución mexicana de 1824, la primera vigente en el país, la que dispuso en el artículo 6º: *Se divide el Supremo poder de la federación para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial.*

La vigencia de la Constitución de 1824 fue suspendida por la Constitución Centralista de 1836, conocida también como las siete leyes constitucionales, en la que se establece un cuarto poder y se rompe con la idea original del control recíproco del poder, al crear el Supremo Poder Conservador,

---

<sup>5</sup> García (2002), p. 12.

<sup>6</sup> Fuentes (2011), pp. 47-61.

<sup>7</sup> Roca (2000), p. 41.

ajeno a los tres tradicionales, este órgano se depositaba en 5 individuos, que eran renovados uno cada dos años, no se requería ser abogado, bastaba con ser ciudadano mexicano por nacimiento, estar en pleno goce de sus derechos, además de haber desempeñado alguno de los puestos siguientes: presidente o vicepresidente de la república, senador, diputado, secretario del despacho o magistrado de la Suprema Corte de Justicia.

Entre las facultades del Supremo Poder Conservador se encontraban la de declarar la nulidad de una ley o decreto por ser contrarios a la Constitución, además este poder estaba facultado para suspender a la “Alta Corte de Justicia”, a las sesiones del Congreso General; declarar por excitación del Congreso General la incapacidad física o moral del presidente de la república, sancionar las reformas constitucionales, calificar las elecciones de los senadores, siendo responsable de sus operaciones solo ante Dios y la opinión pública, es factible señalar que tenía un gran poder político y jurídico<sup>8</sup>.

El acta de reformas de 1847 nuevamente restituye a la Constitución de 1824, se suprime el Supremo Poder Conservador y se regresa a la tradicional división de poderes, fórmula que se conserva en la Constitución de 1917, en vigor actualmente.

En 1993 se empiezan a crear instituciones con autonomía respecto de los tres poderes tradicionales, así se inicia la segunda matización desde 1836 al esquema tripartita, en tanto en la Constitución se comenzó a definir a diversos órganos como “autónomos” o poseedores de “autonomía”. En esa línea se dio la autonomía del Banco de México (1993), el Instituto Federal Electoral (1996) y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (1999) sin supeditarlos a alguno de los poderes clásicos o tradicionales<sup>9</sup>.

Carbonell sostiene que un órgano constitucional autónomo debe tener las siguientes características:

- 1) Ser un órgano creado por el texto constitucional;
- 2) tener, consecuentemente, una garantía institucional de una competencia también garantizada constitucionalmente;
- 3) llevar a cabo funciones esenciales en los Estados modernos, y

---

<sup>8</sup> Mireles (2016), pp. 269-275.

<sup>9</sup> León (2021), p. 420.

4) No encontrarse adscritos a otro órgano o poder, pero que sus actos sean revisables por las instancias jurisdiccionales<sup>10</sup>.

Sin embargo, en la realidad, en México al igual que en otros países ha quedado rebasada la receta de los tres poderes, por el presidencialismo excesivo o hiperpresidencialismo, que, en ocasiones, no solo cuando se logra conseguir la mayoría parlamentaria de un mismo partido político, sino a través del soborno o concesiones “dudosas” el ejecutivo tiene el pleno control del poder público.

El presidente llega a gobernar casi de forma total, al grado de que, en muchas entidades federativas de México, es el ejecutivo (gobernador) quien interviene de manera grotesca en los procesos electorales, no en pocos casos, no solo nombrando a los candidatos del partido al cual pertenecen, sino de todos los partidos, también designa e impone a los miembros del poder judicial, sin importar la experiencia ni la carrera de los titulares, así el equipo de la judicatura se manipula de forma total.

### 2.3. JURIDICIDAD DE LA DIVISIÓN DE PODERES Y LA CLÁUSULA FEDERAL

A partir de la reforma a la Constitución de 1994, se establecieron diversos mecanismos jurisdiccionales ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), cuya legitimación procesal les corresponde de forma exclusiva a distintos órganos del poder, para impugnar actos dictados por otros entes públicos que invadan su competencia o para cuestionar la creación de disposiciones generales, en ambos supuestos, bajo el argumento de ir en contra de la constitución.

También se legisló la Ley Reglamentaria del Artículo 105 de la Constitución y se creó el proceso denominado acciones de inconstitucionalidad y se perfeccionó otro: las controversias constitucionales.

### 2.4. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL ORGÁNICO

En el ámbito del derecho procesal constitucional orgánico, área que se encarga del análisis de los procesos y procedimientos para proteger las atribuciones y competencias constitucionales de los órganos de poder. La jurisdicción constitucional orgánica está integrada por un control abstracto de las normas constitucionales, que pretende resolver conflictos entre las instancias del poder público relacionados con el alcance de sus facultades y competencias, específicamente cuando se concretan en normas legales<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Carbonell (2006), p. 105.

<sup>11</sup> Toba (2004), pp. 278-279.

En el caso de las controversias constitucionales la jurisprudencia ha señalado que son susceptibles de analizar las violaciones en el fondo relacionadas con el principio de división de poderes o con la cláusula federal, sobre la base de un concepto de afectación amplio, disponible para los poderes, órdenes jurídicos y órganos constitucionales autónomos, para combatir normas y actos por estimarlos inconstitucionales; sin embargo, atento a su teleología, la SCJN ha interpretado que no toda violación constitucional puede analizarse en esta vía, sino solo las relacionadas con los principios de división de poderes o con la cláusula federal, delimitando el universo de posibles conflictos que versen sobre la invasión, vulneración o simplemente afectación a las esferas competenciales trazadas desde el texto constitucional.

## 2.5. PRINCIPIO DE AFECTACIÓN O AGRAVIO

La SCJN ha adoptado que además de la vulneración de la división de poderes (competencias) por otros órganos del poder, para la procedencia de los medios de control constitucional orgánica, debe agregar que exista una afectación o agravio con el acto cuestionado de inconstitucionalidad.

Para acreditar esta exigencia, es necesario que con la emisión del acto o norma general haya cuando menos un principio de agravio en perjuicio del actor, el cual puede derivar no solo de la invasión competencial, sino de la afectación a cualquier ámbito que incida en su esfera regulada directamente desde la Constitución, como las garantías institucionales previstas en su favor, o bien, de otro tipo de prerrogativas como las relativas a cuestiones presupuestales; no obstante, a pesar de la amplia concepción del principio de afectación, debe precisarse que dicha amplitud siempre se ha entendido en el contexto de afectaciones a los ámbitos competenciales de los órganos primarios del Estado, lo que ha dado lugar a identificar como hipótesis de improcedencia de la controversia constitucional las relativas cuando las partes aleguen exclusivamente violaciones a las cláusulas sustantivas, diversas a las competenciales, y de estricta legalidad.

En cualquiera de estos casos no es dable analizar la regularidad de las normas o actos impugnados, pero ambos supuestos de improcedencia deben considerarse hipótesis de estricta aplicación, pues en caso de que se encuentren entremezclados alegatos de violaciones asociados a las órbitas competenciales de las partes en contienda, por mínimo que sea el principio de afectación, el juicio debe

ser procedente y ha de estudiarse en su integridad la cuestión efectivamente planteada, aunque ello implique conexamente el estudio de violaciones sustantivas a la Constitución o de estricta legalidad<sup>12</sup>.

### 3. Democracia

La democracia es una forma de gobierno de “todos” o de las “mayorías”, permite el acceso al poder mediante el consenso del pueblo, que surge históricamente en oposición a la designación de los gobernantes por otros medios diferentes a la participación por medio del voto secreto, libre y directo.

En primera instancia la democracia, es factible decir que, es un antídoto contra la tiranía o las dictaduras, con la que se pretende impedir que el poder se concentre en una sola persona o en un grupo con privilegios especiales, impuestos por la fuerza o el engaño, así la democracia posibilita la participación en la toma de decisiones directa o indirectamente de una colectividad.

La democracia no es un modelo nuevo, en China entre los años 800 y 200 a.C. con Confucio y Laot-Tsé, la capacidad de reflexión sobre las injusticias sociales ocupó un lugar importante. Se predicó la igualdad entre los hombres, argumentando que la democracia era la forma idónea de gobierno. Estos pensadores también promovieron el derecho legítimo del gobernado para rebelarse contra los tratos déspotas y arbitrarios del gobernante, lo cual nos da una idea de los derechos o garantías individuales del hombre, tal como jurídicamente en la actualidad se conciben<sup>13</sup>.

La democracia es la única forma de gobierno en que el pueblo, en lugar de someterse a los dictados de alguien ajeno a él, permanece soberano, gobernándose a sí mismo<sup>14</sup>. Por pueblo se entiende *el conjunto de los ciudadanos a los que les toca en última instancia el derecho de tomar las decisiones colectivas*<sup>15</sup>.

La calidad de ciudadano es de carácter político, da la posibilidad o el derecho de participar en las decisiones de la vida pública o común, destinada especialmente a los nacionales de un país.

La democracia necesariamente parte del principio de igualdad y no discriminación, génesis de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) considera una tríada básica, conformada por elementos esenciales que se complementan recíprocamente, de acuerdo con el

---

<sup>12</sup> SCJN (2015), p. 33.

<sup>13</sup> Barreiro (1981), p. 10.

<sup>14</sup> Santiago (2017), p. 371.

<sup>15</sup> Bobbio (2012), p. 33.

Diccionario de la Lengua Española significa: la “*acción y resultado de traer o transportar una cosa hacia el lugar desde el que se habla*”, así la atracción de los derechos y libertades (derecho sustantivo), a las garantías de estos (derecho adjetivo) y el Estado de derecho integran a las sociedades democráticas.

### 3.1. DEMOCRACIA FORMAL, INSTRUMENTAL O REPRESENTATIVA

Hasta ahora se ha destacado la manera de elegir a los gobernantes, como un aspecto de la democracia en sentido formal o instrumental, el cual se refiere a los procesos electorales en los que se designan a los representantes populares, a través del voto, de la posibilidad de ser votado, y participar o establecer partidos políticos<sup>16</sup>, es decir, de cómo se accede al poder público.

Esta forma de participación es conocida como democracia representativa, que es una forma de gobierno en la que el pueblo no toma decisiones que le atañen, sino que elige a sus representantes que deben decidir por él<sup>17</sup>.

Un sistema en el que las decisiones se toman o bien, en su forma directa, por acuerdo explícito de la mayoría del grupo relevante —el que puede estar dado por los afectados por tales decisiones— o si no, en su forma representativa, por individuos que son autorizados periódicamente por la mayoría del grupo relevante para que adopten esa clase de decisiones<sup>18</sup>.

La sola existencia de un sistema democrático en su aspecto instrumental no garantiza que el ejercicio del poder público y privado se ejerza en beneficio de las mayorías; se combata la corrupción; se realicen políticas públicas para disminuir la desigualdad social y la inseguridad; se erradique la discriminación, en síntesis, que los derechos humanos sean eficaces.

La estabilidad política de un gobierno democrático puede sucumbir por diversos factores, así una vez implantada la democracia instrumental o de acceso al poder no están superados por sí mismos los problemas de la vida pública, la historia humana no es lineal e idéntica, por ejemplo, desde Atenas a. C. ya se ejercía un tipo de poder democrático, pero no toda la población tenía derecho a votar ni se conocían los derechos del hombre en el sentido actual ni los límites del Estado, tampoco se puede decir que los sistemas actuales que se declaran democráticos sean análogos a los sistemas antiguos, ni siquiera los presentes son idénticos entre sí, como es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica,

<sup>16</sup> En México, a partir de 2014 es factible participar en los procesos electorales bajo la figura de candidaturas independientes, fórmula que ha dado triunfos a nivel estatal en cargos populares como en la gubernatura de las entidades federativas y en diputaciones.

<sup>17</sup> Bobbio (2012), p. 35.

<sup>18</sup> Santiago (2017), p. 371.

Brasil, Argentina o el de México, que tienen procedimientos diferentes para elegir a los gobernantes y el tiempo de duración en los cargos públicos, entre otras modalidades, a pesar de que están establecidos como Estados federales, así como también hay distinciones en la evolución de políticas públicas de respeto y protección a los derechos humanos en las sociedades, desde el surgimiento del derecho natural hasta llegar al derecho convencional.

### 3.2. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

La democracia participativa implica que los ciudadanos no solo intervengan en la selección de los representantes, sino que lo hagan también en la toma de decisiones directamente, a través de diversos mecanismos como el referéndum, el plebiscito, la consulta popular, la iniciativa ciudadana en la elaboración de proyectos legislativos, la acción popular, la revocación de mandato, entre otros.

La democracia participativa supone pues la información, consulta, control e incluso decisión de la comunidad en directo sobre aspectos de las políticas públicas. Lo importante no son los mecanismos sino el fondo de la propuesta que consiste en la influencia real de la sociedad civil sobre la sociedad política<sup>19</sup>.

La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa o, en general, para intervenir en asuntos de interés público, como por ejemplo la defensa de la democracia<sup>20</sup>.

### 3.3. DEMOCRACIA SUSTANTIVA O MATERIAL

La democracia es una parte fundamental de los derechos humanos, su aspecto sustantivo representa a los derechos de libertad de expresión, de la libertad de reunión o asociación, de la libertad de prensa, del derecho a información, de la no discriminación política, el derecho a la educación, la protección de la salud, una vida digna, garantizar el mínimo vital, el respeto a las minorías, entre otros<sup>21</sup>.

La democracia sustantiva o material tiene que ver con la manera de cómo los representantes ejercen el poder público.

---

<sup>19</sup> Peraza (2005), p. 6.

<sup>20</sup> Corte IDH (2020) *Petro Urrego vs. Colombia*. Fondo, párrafo 93.

<sup>21</sup> Martínez (2019), p. 254.

El establecimiento a nivel constitucional de un catálogo de derechos humanos añade una dimensión ya no formal, sino “sustancial” a los regímenes democráticos, dado que nos indica lo que no pueden hacer los gobernantes y lo que no pueden dejar de hacer<sup>22</sup>.

En este sentido de la democracia, es posible indicar que los derechos humanos son un límite infranqueable para el ejercicio del poder, de todo poder. En primer lugar, para el ejercicio del poder soberano estatal. Esto significa que el Estado, a través de la actuación de cualquiera de sus agentes (legislativo, ejecutivo y judicial) se encuentra obligado a respetar, proteger y garantizar, los derechos fundamentales de los seres humanos<sup>23</sup>.

Hay derechos humanos que son ajenos al consenso democrático o gobierno de las mayorías, que no deben ser sometidos a discusión alguna, porque deben ser respetados en todo momento, en el ámbito internacional a este derecho se le llama *ius cogen*, en el interno, orden público.

### 3.4. DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos son derechos de especie<sup>24</sup>, pertenecen al *homo sapiens*, para protegerse de la propia especie, salvaguardar a los demás seres vivos, a la tierra y a las futuras generaciones.

Los derechos humanos son prerrogativas básicas<sup>25</sup> cuya finalidad es alcanzar las potencialidades individuales y colectivas fundadas en la dignidad humana, cuyo principal obligado es el Estado, así como cualquier persona que tenga poder de afectación.

Los derechos humanos para ser expectativas reales deben tener un sujeto o conjunto de personas destinadas a cumplirlos, por ello se dice que son derechos subjetivos<sup>26</sup>.

Los derechos subjetivos se constituyen por un vínculo jurídico entre dos partes generalmente, una llamada acreedora, quien tiene la facultad de exigir a otra nombrada deudora una prestación de dar, hacer o no hacer.

El contenido de los derechos humanos puede ser representado por un edificio en constante construcción, por cuya puerta se introducen un conjunto de libertades y prestaciones de forma sucesiva

<sup>22</sup> Carbonell (2013), p. 3.

<sup>23</sup> Aguilar (2016), p. 346.

<sup>24</sup> Es la especie del orden de los primates perteneciente a la familia de los homínidos, conocida de manera genérica como humanos.

<sup>25</sup> En el derecho internacional de los derechos humanos o derecho convencional de los derechos humanos se establecen estándares mínimos de protección.

<sup>26</sup> Martínez (2018), p. 25.

a la par de la evolución de las sociedades, así han llegado a cimentar diferentes pisos dependiendo el grado epistémico<sup>27</sup>: derechos civiles y políticos; derechos sociales económicos y culturales (DESC); derechos al desarrollo, a la paz, la equidad de género; al medio ambiente adecuado, entre otros.

Así el contenido de los derechos humanos no está estancado sino en constante transformación, conforme van surgiendo adversidades se construyen nuevas respuestas; cuando se refutan las logradas se tiende a fortalecer los cimientos, así la idea de los derechos humanos son un

concepto vivo, que no puede considerarse elaborado de una vez por todas, de una vez para siempre de forma completa, acabada y definitiva. Por el contrario, la noción de derechos humanos evoluciona con el devenir histórico, tanto en lo que respecta a las connotaciones del concepto, a sus rangos, caracteres, notas o determinaciones; como en lo que respecta a su extensión<sup>28</sup>.

Los derechos humanos son un concepto que se pretende distinguir de los derechos fundamentales<sup>29</sup>, en su momento en México se denominaban garantías individuales, sin embargo, tanto los derechos que se reconocen en el país, desde la reforma del 2011, ya no se distingue entre los derechos humanos constitucionales y los derechos humanos convencionales que tienen el mismo rango y conforman el bloque de constitucionalidad, únicamente debe existir prelación entre estos, en el momento de aplicación en un caso concreto por el principio *pro homine*.

Los derechos fundamentales son de todos, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales —a la salud, la educación, la seguridad social y la subsistencia— que cualquier mayoría está obligada a satisfacer<sup>30</sup>.

#### 4. Constitucionalismo

El origen del constitucionalismo moderno se remonta a finales del siglo XVIII, representa en esencia la lucha por transformar al poder político, con la finalidad de impedir la arbitrariedad y el despotismo, mediante la implantación de la carta suprema denominada constitución, cuya característica es la de ser considerada fundamental, al contener normas jurídicas de una categoría superior al resto de las disposiciones jurídicas.

---

<sup>27</sup> Para Foucault, las ciencias humanas tal y cómo las conocemos hoy, se han desarrollado en el desplazamiento de un discurso por otro, de una episteme por otra. La formación de un discurso depende estrechamente de la formación de una episteme. Las tres epistemes que Foucault pretende desentrañar son: el Renacimiento, la Época Clásica y la Modernidad. Gallardo (2008), p. 7.

<sup>28</sup> Ballesteros (2007), p. 9.

<sup>29</sup> Al respecto véase Aguilar (2010), pp. 15-71.

<sup>30</sup> Ferrajoli (2000), p. 159.

El argumento en el que se sustenta el constitucionalismo es político, porque baste que se encuentre regulada una conducta o un hecho en la constitución para que se le considere, por ser parte de la misma, suficiente para inferir sus bondades, sin que se pueda cuestionar los alcances de las normas jurídicas, en base a la regla de supremacía constitucional, que sirve para validar todo acto o ley al estar conforme a esta, es decir, la jerarquía se determina *a priori*.

Una constitución es un complejo normativo, es un conjunto de normas dispuestas sistemáticamente con el propósito de organizar, en nuestro caso, al Estado mexicano. Dichas normas son de jerarquía superior, permanentes, escritas, generales y reformables<sup>31</sup>.

Esta supremacía subsiste incuestionable, no hay proceso para cuestionar su contenido, por ejemplo, en México el juicio de amparo es el medio de defensa más importante para proteger a los derechos humanos, sin embargo, se impide que se cuestione las adiciones o reformas a la Constitución, como lo prevé la primera causa de improcedencia de la Ley de Amparo en el artículo 61, fracción I<sup>32</sup>.

En la práctica, lo único que puede controlar de forma inmediata al poder, por desgracia es la propia conciencia de quién sea investido de tal atribución, por eso con las mismas normas legales y constitucionales, se dan diversos estilos de ejercer el poder público, inclusive muchos de los llamados órganos autónomos constitucionales, son creados para aparentar que se cumplen con los fines para los cuales se les propone, pero a pesar de la supuesta independencia, también se convierten en comparsa del presidencialismo, salvo que el titular haya sido elegido por el gobierno anterior, así se puede ejercer el poder de manera transexenal<sup>33</sup>, con lo que se vive en una “reelección relativa”, consistente en que el equipo o la filosofía de los gobernantes se proyecte más allá del tiempo del mandato formal.

Es difícil para una sociedad tener la “suerte” de contar con un ejecutivo que gobierne de forma democrática, que ejerza el poder de manera prudente, aunado a la gran cantidad de intereses que se coluden con el propósito esencial de absorber la mayor parte del presupuesto, así la vida de un país puede pasar con una tranquilidad aparente, cuando quien gobierna controla todo y, principalmente los medios de comunicación, a los que les corresponde cuestionar los actos u omisiones contrarios al bien público, pero las grandes empresas de comunicación, ocultan y tergiversan la verdad, no importa

<sup>31</sup> Arteaga (2003), p. 3.

<sup>32</sup> Este artículo es inconvencional, ya que contrario al precepto 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual dispone que los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos deben, ante todo acto u omisión que vulnere los derechos y libertades convencionales prever un recurso (juicio) sencillo y eficaz, sin embargo, al juicio de amparo, que es el medio jurisdiccional para la tutela de los derechos humanos, no permite la defensa ante reformas o adiciones a la Constitución, dejando en estado de indefensión, ante cualquier violación constitucional a los derechos humanos, como actualmente sucede con el arraigo penal (a. 16) y la prisión preventiva oficiosa (a. 19).

<sup>33</sup> En México el presidente, los senadores y los gobernadores duran en el cargo seis años, por eso se dice sexenios.

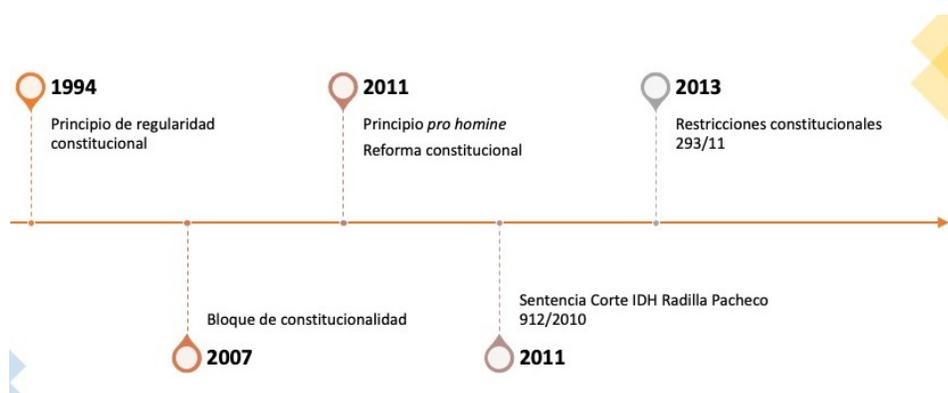
si es a 8 columnas en papel o si es de forma electrónica, la lucha en las trincheras solo representa intereses opuestos por el poder, no por el ejercicio del poder acorde al interés público, así los derechos humanos se han convertido, sin proponérselo, en una forma moderna o actual de controlar este sistema de pesos y contrapesos, donde no es el ciudadano, sino el ser humano, quien tiene una serie de prerrogativas por el simple hecho de existir, que el Estado debe hacer la tarea, a través de su gobierno; otorgar educación, agua saludable, proteger la salud, respetar la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, de proteger a la mujer a los niños niñas y adolescentes, a los adultos mayores a las personas con diferentes preferencias sexuales o religiosas, etcétera.

El contrapeso presente al poder público es la dignidad humana, este es el nuevo concierto social, que desde el siglo XX se germinó (1948).

Es importante, por la propia subsistencia humana, de los demás seres vivos y de nuestro planeta, que quienes ejerzan el poder público tengan la misión de realizar políticas públicas, para hacer realidad los sueños y utopías que representan los derechos humanos.

No es el legislador quién controla al ejecutivo ni el judicial al legislador, es el ser humano, a través del derecho más importante con el que cuentan, qué es el acceso a la justicia, que implica que los jueces y tribunales tienen una trascendente tarea de corregir los actos u omisiones del poder público contrarios a los derechos humanos, así la jurisdicción es la garantía.

Figura. 1.



Fuente: elaboración propia.

La interpretación que ha realizado la SCJN en la evolución del derecho constitucional y la recepción del derecho convencional a principios del Siglo XXI ha tenido avances y retrocesos, como se describe en la siguiente síntesis:

En 1994<sup>34</sup> se reforma el texto constitucional para ampliar los medios de control de constitucionalidad y se construye bajo la regla de la supremacía constitucional el concepto de regularidad constitucional. En el 2007<sup>35</sup> se utiliza la idea de bloque de constitucionalidad para explicar que está conformado por las normas constitucionales y el Estatuto Electoral del Distrito Federal, nada que ver con el derecho convencional. En el 2011<sup>36</sup> se realiza la reforma constitucional en materia de derechos humanos, se podría decir que se convencionaliza la norma suprema del país, en ese mismo año la SCJN<sup>37</sup>, al interpretar la sentencia de Radilla Pacheco de la Corte IDH, suspende en el país el control concentrado de constitucionalidad y señala que todos los jueces deben hacer tanto el control difuso de constitucionalidad como de convencionalidad, y limita la exigencia de la jurisprudencia de la Corte IDH a la que se origine de los procesos interamericanos en el que México se parte. En el 2013<sup>38</sup> la SCJN precisa que si es obligatoria toda la jurisprudencia de la Corte IDH, incluyendo en las que México no haya participado en el amparo interamericano, sin embargo, la SCJN realiza un gran retroceso en la protección de derechos humanos y viola la propia Constitución y la Convención ADH, al utilizar la idea de regularidad constitucional generada en otro contexto hace 19 años, porque no se acepta la fórmula de bloque de constitucionalidad en el sentido actual, utilizando la regla de supremacía constitucional limita la protección a los derechos humanos, porque si la Constitución regula un derecho humano y los tratados internacionales también prevén el mismo derecho humano, no deberá aplicarse el principio *pro homine*<sup>39</sup>, ni habrá lugar para la ponderación<sup>40</sup> judicial, el derecho humano tal como está restringido en la Constitución a pesar de que el derecho humano convencional sea más protector.

El acceso a la justicia como un derecho fundamental que guarda gran importancia no solo por ser un derecho humano en sí mismo, sino también porque es a través de él que se garantiza el respeto —o en su caso, reparación— de todos los demás<sup>41</sup>.

<sup>34</sup> DOF (1994), artículo 105 constitucional.

<sup>35</sup> SCJN (2007), p. 1641.

<sup>36</sup> DOF (2011), artículos 1,3,11,15,18,29,33,89,97,102 y 105 constitucionales.

<sup>37</sup> SCJN (2011), p. 535.

<sup>38</sup> SCJN (2013), p. 96.

<sup>39</sup> Solo es factible aplicar el principio *pro homine* entre normas y principios constitucionales. SCJN (2017), p. 487.

<sup>40</sup> SCJN (2015), p. 1299.

<sup>41</sup> Ibáñez (2015), p. 7.

Esta función se expande en México a todas las autoridades, quienes, en el ámbito de competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, como lo prevé el artículo 1º, tercer párrafo de la Constitución.

## 5. Sistema Interamericano de Derechos humanos

Es un medio convencional regional de control complementario, para la promoción y protección de derechos humanos de la población que se encuentra en los territorios de los Estados de América, que se han adherido a este régimen, el cual es supervisado por dos instituciones internacionales de ámbito regional: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y la Corte IDH; en el plano interno por todos los jueces nacionales de los Estados parte en base a un conjunto de reglas, principios y directrices<sup>42</sup>.

Las disposiciones del Sistema Interamericano de Derechos humanos (SIDH), al ser pactadas de forma multilateral conforman el derecho convencional interamericano de los derechos humanos, denominado también como *corpus iuris comune*, el cual puede entenderse como el conjunto de normas codificadas, creadas a través del consenso, consentimiento y voluntarismo de los Estados<sup>43</sup>, como resultado del compromiso común de entidades soberanas.

No todos los miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) han ratificado la Convención ADH, y no todos reconocen la jurisdicción de la Corte IDH, actualmente son 23 de 35 los Estados que han suscrito la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.

Veinte son los Estados los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH, que son los anteriores menos Dominica, Granada y Jamaica<sup>44</sup>.

La Carta de la OEA en el artículo 3º dispone que “los Estados americanos reafirman los siguientes principios”, entre ellos: “d) La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se

---

<sup>42</sup> Martínez (2015), p. 27.

<sup>43</sup> Romero-Pérez (2015), p. 10.

<sup>44</sup> Corte IDH (2018), p. 3.

persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”.

De esta forma el derecho convencional vigoriza el espíritu de la idea de controlar al poder, por medio de reafirmar los derechos civiles y políticos, es decir, mediante la promoción de la participación democrática, sea de forma directa o indirecta.

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH), denominado de los *Derechos políticos*, en forma afín al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone que

Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país,

y agrega que la ley nacional puede reglamentar el ejercicio de estos, como limitaciones, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

El artículo 3º de la Carta Democrática Interamericana señala que los elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

La Corte IDH ha determinado que los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos de forma directa mediante refrendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos<sup>45</sup>.

Pero las decisiones de las mayorías no deben desconocer los derechos humanos de las minorías, lo que significa que el consenso también tiene límites, esencialmente, la dignidad humana.

<sup>45</sup>Corte IDH (2008), *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, párrafo 147.

Lo que obliga a desechar una comprensión de la democracia constitucional fundada exclusivamente en la consagración de la regla de la mayoría sin ulteriores limitaciones. Afortunadamente para las minorías y para la dignidad de la persona, de la que emanan los derechos fundamentales, las cosas son más matizadas y complejas en el Estado constitucional<sup>46</sup>.

## 5.1 ALGUNAS DE LAS CONSECUENCIAS DE SER PARTE DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

### a) Compartir la producción jurídica

La trascendencia de pertenecer al SIDH para los Estados, representa un cambio cualitativo y radical, especialmente porque los derechos humanos, que por el solo hecho de adherirse a este, pasan a ser obligaciones para los Estados, que deben cumplir dentro de sus jurisdicciones, así la creación e interpretación de derecho ya no es una tarea exclusiva de los Estados.

Más que el Estado pierda el control final en el proceso de creación o, al menos, de comprensión y significación del Derecho, es aceptar soberanamente la coadyuvancia convencional en la creación de normas, principios y directrices en materia de derechos humanos.

Destacados autores precisan que los derechos y libertades aceptados por los Estados representan una pérdida del monopolio en la determinación del derecho<sup>47</sup>.

### b) Fortalecimiento de la soberanía popular

La soberanía desde tiempos remotos se ha dicho que reside en el pueblo, un concepto general y abstracto, que requiere de una nueva perspectiva, así esta debe considerarse fraccionada en cada uno de los seres humanos, que, de forma concreta, se ha transformado en un sujeto de derecho constitucional y convencional de los derechos humanos.

Se podría decir que los Estados ceden parte de la soberanía, sin embargo, desde otra perspectiva, es factible decir que esta se fortalece, en las constituciones de los Estados democráticos se dispone, como en la mexicana en el artículo 39 que: “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”.

---

<sup>46</sup> Roca (2000), p. 41.

<sup>47</sup> Aguilar (2016), pp. 340-341

En este sentido, los derechos humanos convencionales son reconocidos para el pueblo y para todas las demás personas que habitan el país, por lo que, si los parámetros de protección convencionales son mayores que los constitucionales, se cumple con la finalidad constitucional de instituir beneficios.

La soberanía reside en el pueblo, el cual está conformado por un conjunto de personas, así se puede hablar de la soberanía individual, la colectiva y la general, la primera le corresponde a cada persona, la colectiva a un grupo determinado, y la general es la que fundamenta los sistemas democráticos.

Ejemplo de la soberanía individual, es el libre desarrollo de la personalidad para las mujeres en las elecciones y decisiones en relación con la maternidad<sup>48</sup> y de soberanía colectiva, como es en el Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación *Lhaka Honhat* (Nuestra tierra) vs. Argentina, en el cual el *quid* del asunto fue la presencia en tierras ancestrales de una parte de la población campesina criolla, sin autorización de las comunidades propietarias y sus consecuencias: alterar la vida de la población indígena en su alimentación; contaminación; lesiones a la identidad cultural; limitar el acceso al agua limpia, así la Corte IDH condenó, entre otras acciones: a proteger las tierras ancestrales, realizar y concluir las acciones necesarias a fin de delimitar, demarcar y otorgar un título que reconozca la propiedad de las 132 comunidades indígenas víctimas... a abstenerse de realizar actos, obras o emprendimientos sobre el territorio indígena o que puedan afectar su existencia, valor, uso o goce, sin la previa provisión de información a las comunidades indígenas, así como de la realización de consultas previas adecuadas, libres e informadas.... a trasladar de la población criolla fuera del territorio indígena... removerá del territorio indígena los alambrados y el ganado perteneciente a pobladores criollos<sup>49</sup>.

Ferrajoli citado por Carbonell al respecto precisa que los derechos fundamentales son “fragmentos de soberanía” que nos convierte a todas y cada una de las personas en seres autónomos, capaces de tomar las decisiones más importantes de nuestras vidas, tanto en la esfera privada como en la pública<sup>50</sup>.

### c) Defensa de independencia y autonomía de los tribunales constitucionales

En un caso concreto, la Corte IDH declaró inconvencional el procedimiento de destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional de Perú, producto de un juicio político efectuado por el Congreso, procedimiento que vulneró la garantía esencial de independencia y autonomía a. 1

<sup>48</sup> Corte IDH (2016), *I.V. vs. Bolivia*, Fondo, párrafo 152.

<sup>49</sup> Cfr. Corte IDH (2020), *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra tierra) vs. Argentina*, puntos resolutivos 9-11.

<sup>50</sup> Carbonell (2013), p. 5.

(Obligación de respetar los derechos), a. 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), a. 8 (Garantías Judiciales), a. 23 (Derechos políticos) y a. 25 (Protección Judicial).

Como consecuencia del fallo el Congreso anuló las resoluciones de destitución y reinstaló en sus puestos como magistrados del Tribunal Constitucional<sup>51</sup>.

#### d) Impulso procesal interamericano

La Corte IDH bajo el argumento del plazo razonable ha contribuido a que los tribunales constitucionales den cumplimiento a sus propias determinaciones, sin dejar de señalar que una de las cuestiones fundamentales, de cualquier órgano jurisdiccional nacional o convencional, es ejecutar las sentencias, de lo contrario los procesos son estériles.

En el Caso Muelle Flores vs. Perú se evidenció la inejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de ese país, durante un tiempo mayor a 24 años, lo cual excede un plazo que pueda considerarse razonable para hacer efectiva el cumplimiento de las sentencias dictadas, en consecuencia, se concluyó que el Estado era responsable de la violación de las garantías judiciales previstas en el artículo 8.1 de la Convención ADH en perjuicio del señor Muelle Flores.

Antes de que la Corte IDH emitiera el fallo de fondo, el Estado “espontáneamente” dio cumplimiento a las sentencias emitidas en la jurisdicción nacional a favor de la víctima<sup>52</sup>.

#### e) Nivel constitucional y convencional de protección

El SIDH es una garantía adicional a la protección de los derechos humanos constitucionales, ello forma parte de la teoría de la tutela multinivel, que es la existencia de diversos sistemas normativos de orden constitucional, sin que ello implique que uno anule al otro. Se trata de una estructura basada en la coexistencia y coordinación entre sistemas normativos<sup>53</sup>.

Así los derechos humanos convencionales constituyen un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención [ADH]. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues este no solo presupone la actuación de las autoridades con

<sup>51</sup> Cfr. Corte IDH (2001), *Tribunal Constitucional vs. Perú*, Fondo.

<sup>52</sup> Cfr. Corte IDH (2019), *Caso Muelle Flores vs. Perú*, Fondo.

<sup>53</sup> Torres (2013), p. 353.

un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención [ADH]<sup>54</sup>.

Desde luego, la primera oportunidad de proteger los derechos humanos convencionales, les corresponde a los Estados parte del SIDH, pero si la defensa no es eficaz, es posible concurrir al nivel interamericano, Rey Cantor respecto del agotamiento de recursos internos esta exigencia ha sido prevista como el “...principio de subsidiariedad por lo cual no existe acceso directo e inmediato a la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por cuanto deberá interponerse y agotarse los recursos de jurisdicción interna”<sup>55</sup>.

#### f) Internacionalización de los derechos humanos

Una consecuencia más es que el ser humano se convierte además de ser sujeto de derecho nacional en sujeto de derecho internacional (convencional), así también todos los servidores públicos o agentes del Estado, en guardianes de los derechos humanos plasmados en las convenciones internacionales y de los parámetros interpretativos que realiza la Corte IDH al resolver casos concretos, por medio del control difuso de convencionalidad, que más adelante se aborda.

#### g) Guía de la implementación de políticas públicas y el ejercicio del presupuesto

El derecho convencional de los derechos humanos plantea exigencias en la elaboración de políticas públicas, con la participación social, que tiendan a disminuir la violación sistemática y estructural de los Estados a los derechos humanos y a la utilización de los recursos públicos en tareas específicas con la finalidad de disminuir la pobreza.

La Corte IDH advierte que el artículo XXIII de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, expresa que

[I]os pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Corte IDH (2001), *Tribunal Constitucional vs. Perú*, Fondo, párrafo 68.

<sup>55</sup> Rey (2012), pp. 25-26.

<sup>56</sup> Corte IDH (2020), *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra tierra) vs. Argentina*, párrafo 355.

La exigencia para los Estados del uso máximo de los recursos disponibles para atender las necesidades de la sociedad, es decir, priorizar el gasto público a cubrir lo que garantice por lo menos el mínimo vital sin discriminación, evitando políticas regresivas.

La Corte IDH coincide con la interpretación realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el alcance y naturaleza del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dicho artículo establece el compromiso de los Estados

a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos<sup>57</sup>.

#### h) Lucha contra la corrupción

Un gran problema en Latinoamérica es el alto índice de corrupción, fenómeno que se presenta sistemáticamente en no pocos países, el problema de la corrupción es que debilita las posibilidades de atender los problemas sociales, generando fuga de recursos para intereses particulares, lo que deforma los fines de los sistemas democráticos, desde las prácticas de manipulación en los procesos de elección a los cargos públicos, el cómo se ejerce el poder, la desviación de los recursos y la simulación de la realización de políticas públicas sin que se tenga un beneficio social, lo que provoca una amenaza seria a la estabilidad política, el incremento de la delincuencia, inseguridad y la pérdida de confianza de los gobernados.

Al respecto, la Corte IDH destaca las consecuencias negativas de la corrupción y los obstáculos que representa para el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de autoridades estatales o prestadores privados de servicios públicos afecta de una manera particular a grupos vulnerables. Además, la corrupción no solo afecta los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute negativamente en toda la sociedad, en la medida en que se resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el estado de derecho. En este sentido, la Corte IDH contra la Corrupción establece en su preámbulo que “la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio

<sup>57</sup> Corte IDH (2018), *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, Fondo, párrafo 80.

de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”<sup>58</sup>.

## 6. Convencionalismo de los derechos humanos

¿El convencionalismo es un relevo necesario del constitucionalismo para la protección de los derechos humanos? La respuesta es importante si se desea tener una descripción en base a los datos históricos recopilados más que a juicios de valor, creados en los contextos de antaño, en los que surgieron las ideas políticas del constitucionalismo moderno, para hacer un análisis de los sucesos con los parámetros actuales de la cultura jurídica y, en consecuencia, la necesidad de crear una teoría sustentada en el conjunto de conocimientos objetivos y verificables.

El inicio del derecho convencional de los derechos humanos es similar al del constitucionalismo moderno, su desarrollo principia en el siglo XX después de la Segunda Guerra Mundial, para controlar los excesos del poder de los Estados en sus regímenes internos, quienes se limitaron a privilegiar el aspecto formal (producción), sin considerar los contenidos que atentaban e infringían la dignidad humana.

El argumento en el que se sustenta el convencionalismo de los derechos humanos es el principio *pro persona*, porque no interesa el catálogo en que se encuentre la norma, principio o directriz, lo que es fundamental es aplicar la disposición o su interpretación que mayor protección posible o el menor perjuicio que se otorga a la luz del caso concreto, o sea la jerarquía se determina *a posteriori*.

A pesar de que desde 1969 en la Convención de Viena sobre Tratados se determinó la influencia que los tratados internacionales tendrían en el derecho nacional (incluyendo a las normas constitucionales), de manera expresa se fijó una jerarquía superior de las convenciones en general, al precisar: *Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado* (a. 27).

No se trata entonces de una concesión de los poderes políticos, sino de la efectivización de un programa de gobierno asumido en el ámbito interno e internacional<sup>59</sup>.

### 6.1. TRÍADA

<sup>58</sup> Corte IDH (2018), *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, Fondo, párrafo 241.

<sup>59</sup> CELS (2008), p. 20.

La Corte IDH ha establecido que “en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada”, en la que cada componente se complementa recíprocamente y adquiere sentido en función de los otros. Al ponderar la importancia que tienen los derechos políticos la Corte IDH observa que incluso la Convención ADH, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de estos<sup>60</sup>.

Esta mezcla o concierto ha implicado un cambio radical en la forma de emplear el derecho a la hora de solucionar conflictos de trascendencia jurídica, por imponerse los principios sobre las reglas.

Aplicar el derecho con principios es un gran reto para los operadores jurídicos, porque requiere construir la respuesta al caso concreto, tomando en cuenta las múltiples variables de la realidad, no limitarse a localizar en el texto de las disposiciones jurídicas la decisión, de manera mecánica, considerando únicamente a la lógica formal.

## 6.2. CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

El control difuso de convencionalidad implica la aplicación directa de las normas, principios y valores acordados entre diversos Estados que conforman el SIDH, mediante la adecuación del orden jurídico nacional conforme al *Corpus Iuris Latinoamericano* y a la supresión de los impedimentos legales internos.

El control difuso de convencionalidad debe ser ejercido por todos los órganos del Estado, especialmente por quienes realizan materialmente funciones jurisdiccionales, y por las instituciones de carácter convencional creadas por los propios Estados para supervisar el cumplimiento del conjunto de derechos y libertades pactados, esta exigencia procesal la deben ejercer de oficio al resolver los conflictos jurídicos, en primera instancia le corresponde por regla general a los Estados, por medio del conjunto de instituciones propias establecidas para tutelar los derechos humanos, pero si estas no son eficaces, de manera subsidiaria, coadyuvante y complementaria es factible concurrir al SIDH, para que ante esa instancia se decida si se violaron o no los derechos convencionales, constitucionales y legales.

Figura. 2.

---

<sup>60</sup> Corte IDH (2005), *Yatama vs. Nicaragua*, párrafo 191.



Fuente: elaboración propia.

Es necesario recordar que la Corte IDH, ha considerado que

si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que este Tribunal [Interamericano] deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención ADH<sup>61</sup> lo cual incluye, eventualmente, las decisiones de tribunales superiores<sup>62</sup>.

El control difuso de convencionalidad convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención ADH y a la población de los Estados parte del SIDH en sujetos de derecho interamericano, porque es a estos a quienes está dirigida la serie de derechos y libertades previstas en los tratados.

Dicho “control de convencionalidad” se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto de San José. Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un *ius commune interamericano*, en materia de derechos personales y constitucionales<sup>63</sup>.

La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales (convenciones) y la interpretación de la Corte IDH ante cualquier acto contrario a estos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Cfr. Corte IDH (2009), *Da Costa Cadogan vs. Barbados*, Fondo, párrafo 12.

<sup>62</sup> Corte IDH (2010), *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párrafo 49.

<sup>63</sup> Cfr. Sagüés (2010), p. 118.

<sup>64</sup> Martínez (2014), p. 79.

El “control de convencionalidad” ha sido definido por la propia Corte IDH como una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional, en este caso el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención ADH y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH, en el derecho interno de los Estados parte de aquella<sup>65</sup>.

De los conceptos anteriores es factible sintetizar que el control difuso de convencionalidad es una herramienta que se utiliza para aplicar el derecho internacional de los derechos humanos, para construir un *ius commune regional* entre los Estados que integran el SIDH, para proteger potencialmente más a los derechos humanos, cuya tarea está destinada principalmente a los operadores jurídicos.

Con la resolución de supervisión de cumplimiento del fallo del Caso Gelman vs. Uruguay, de 20 de marzo de 2013, la Corte IDH hizo más expansivo el control difuso de convencionalidad, al precisar la obligatoriedad a todo órgano del poder público, inclusive al poder legislativo.<sup>66</sup>

Figura. 3.



Fuente: elaboración propia.

## 7. Conclusiones

Los derechos humanos son el medio más eficaz para controlar el ejercicio del poder; la soberanía que desde tiempos remotos se ha dicho que reside en el pueblo, requiere de una nueva perspectiva, así, esta debe considerarse en sus tres tipos: la individual, colectiva y general, que le corresponde a cada uno de los habitantes de un país de forma personal, a las comunidades y a todos los ciudadanos de un

<sup>65</sup> Ibáñez (2015), p. 9.

<sup>66</sup> Corte IDH (2013), *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión, párrafo 62.

país, respectivamente, los derechos humanos representan el eje fundamental de la democracia sustantiva.

La receta política decimonónica de los tres poderes tradicionales no ha sido eficaz para controlar al poder, esencialmente por el presidencialismo excesivo en Latinoamérica, que no en pocos países, el poder legislativo es anulado, ya sea porque la facción política a la que pertenece el presidente logre conseguir la mayoría parlamentaria o a través del soborno a los representantes de otras fuerzas políticas logren que sigan las instrucciones que se les indiquen, así el ejecutivo tiene el pleno control del poder público.

Cuando hay cierta independencia de los poderes, los mecanismos de control constitucional que legitiman a los órganos del poder para cuestionar los actos u omisiones vía jurisdiccional, no pocas veces son usados de forma facciosa, pero cuando son respetables las pretensiones del debate, la SCJN juega un papel más político que jurídico, y aquí es fundamental observar “a quién le deben el nombramiento” los ministros.

Por lo que el contrapeso actual del poder público es la dignidad humana a través del control difuso de convencionalidad, que ha convertido a los jueces nacionales en jueces interamericanos: en primeros y auténticos guardianes del *corpus iuris latinoamericano* y a todos los agentes del Estado.

Así la Corte IDH ha establecido que “en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada”, en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros, incluyendo no solo la democracia instrumental sino la sustantiva.

Aplicar el derecho con principios es un gran reto para los operadores jurídicos, porque requiere construir la respuesta al caso concreto, tomando en cuenta las múltiples variables de la realidad, no limitarse a localizar en el texto de las disposiciones jurídicas la decisión, de manera mecánica, considerando únicamente a la lógica formal.

El derecho convencional de los derechos humanos plantea exigencias en la elaboración de políticas públicas, con la participación social, que tiendan a disminuir la violación sistemática y estructural de los Estados a los derechos humanos y a la utilización de los recursos públicos en tareas específicas con la finalidad de disminuir la pobreza.

## Bibliografía citada

- Aguilar Cavallo, Gonzalo (2010): “Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”, en *Boletín mexicano de derecho comparado* (Vol. 43, N.º 127), pp. 15-71. [Disponible en: <https://tinyurl.com/2z9d8amy>]. [Fecha de consulta: 23 de abril de 2021].
- \_\_\_\_\_ (2016): “Los derechos humanos como límites a la democracia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista da AJURIS–Porto Alegre* (Vol. 43, N.º 141), pp. 337-365.
- Arteaga Nava, Elisur (2003): *Tratado de derecho constitucional* (México, Oxford).
- Ballesteros Llompart, Jesús, et al. (2007): *Derechos Humanos* (Valencia, Universidad de Valencia).
- Barreiro, Clara (1981): *Derechos Humanos* (Barcelona, Salvat Editores).
- Bobbio, Norberto (2012): *Liberalismo y democracia* (México, Fondo de Cultura Económica).
- Carbonell, Miguel (2006): *Elementos de Derecho Constitucional* (México, Fontamara).
- \_\_\_\_\_ (2013): *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad* (México, IJ-UNAM).
- CELS (2008): *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho* (Buenos Aires, Siglo XXI Editores).
- Ferrajoli, Luigi (2000): *El garantismo y la filosofía del derecho* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- Fuentes, Claudia (2011): “Montesquieu: Theory of the Social Distribution of Power”, en *Revista de ciencia política (Santiago)* (Vol. 31, N.º 1), pp. 47-61. [Disponible en: <https://tinyurl.com/yj6pt8bn>]. [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2021].
- Gallardo León, Ernesto (2008): “El problema de la representación en el Quijote”, en Constante, Alberto, Priani Saisó, Ernesto y Gómez Choreño, Rafael Ángel (Coords.) *Michel Foucault Reflexiones sobre el saber, el poder, la verdad y las prácticas de sí* (México, UNAM) pp. 7-14.

García, Miguel Alejandro (2002): “John Locke: la división de poderes y la tradición democrática contemporánea”. [Disponible en: <https://tinyurl.com/4m73a9wd>]. [Fecha de consulta: 5 de julio de 2021].

Ibáñez, Juana María (2015): *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia* (San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos).

León, Mauro Arturo Rivera (2021): “Trascendiendo formulaciones trinitarias: hacia una teoría conceptual de los órganos constitucionales autónomos en la división de poderes en México”, en *Revista de Derecho Político* (Vol. 1, N.º 110), pp. 409-438.

Martínez Lazcano, Alfonso Jaime (2014): “El control difuso de convencionalidad y su recepción en México”, en *Revista jurídica valenciana* (N.º 31), pp. 63-89.

\_\_\_\_\_ (2015): “Impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en las jurisdicciones nacionales”, en *Revista Republicana* (N.º 18), pp. 21-38.

\_\_\_\_\_ (2018): “Derechos humanos. Evaluación en pro de la dignidad humana”, en Martínez Lazcano, Alfonso Jaime e Islas Colín, Alfredo (Coords.) *Derechos humanos: la transformación de la cultura jurídica* (Bogotá, Ediciones Nueva Jurídicas) pp. 21-47.

\_\_\_\_\_ (2019): “Subordinación de la democracia instrumental a los derechos humanos”, en *Revista Intertemas* (Vol. 24), pp. 254-286. [Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3504354>]. [Fecha de consulta: 30 de enero de 2021].

Mejía Turizo, Jorge; Pérez Caballero, Roberto (2015): “Judicial activism and its effects on the division and balance of powers”, en *Justicia* (N.º 27), pp. 30-41.

Mireles Romero, Luis Julián (2016): “La actuación constitucional del supremo poder conservador en la primera república centralista y su relación con el liberalismo mexicano (1838-1841)”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México* (N.º 266), pp. 249-281.

Peraza, Arturo (2005): “Democracia participativa y derechos humanos”, en *Revista Aportes Andinos* N.º 13. *Gobernabilidad, democracia y derechos humanos*, pp. 1-8. [Disponible en: <https://tinyurl.com/y5a4ky3t>]. [Fecha de consulta: 05 de enero de 2021].

- Rey Cantor, Ernesto (2012): *Acceso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (México, Editorial Fontamara).
- Roca, Francisco Javier García (2000): “Del principio de la división de poderes”, en *Revista de Estudios Políticos* (N.º 108), pp. 41-75. [Disponible en: <https://tinyurl.com/7fvpzwx6>]. [Fecha de consulta: 05 de abril de 2021].
- Romero-Pérez, Xiomara Lorena (2015): “Derecho convencional de los tratados”, pp. 1-17. [Disponible en: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01383884/>]. [Fecha de consulta: 05 de enero de 2021].
- Sagües, Néstor Pedro (2010): “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Revista Estudios Constitucionales* (Vol. 8, N.º 1), pp. 117-136. [Disponible en <https://tinyurl.com/736efrx>]. [Fecha de consulta: 12 de julio de 2021].
- Santiago Nino, Carlos (2017): *Ética y derechos humanos* (Buenos Aires, Astrea SRL).
- Tobo Rodríguez, Javier (2004): *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad* (Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez).
- Torres Zúñiga, Natalia (2013): “Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Derecho PUCP* (N.º 70), pp. 347-369. [Disponible en: <https://bit.ly/3OS5UB1>]. [Fecha de consulta: 12 de marzo de 2021].
- CORTE IDH (2018): *ABC de la Corte IDH*. [Disponible en: <https://tinyurl.com/xrf4rsv4>]. [Fecha de consulta: 20 de abril de 2021].

## **Normas jurídicas citadas**

Carta Democrática Interamericana, 11 de septiembre de 2001.

Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Convención de Viena sobre Tratados de 1969.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Diario Oficial de la Federación. [Disponible en: <https://tinyurl.com/bfmn75jy> y <https://tinyurl.com/ud4bntj4>]

México, Ley de Amparo.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

## **Jurisprudencia citada**

Corte IDH: Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Fondo, sentencia de 26 de noviembre de 2010.

Corte IDH: Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Fondo, sentencia de 06 de diciembre de 2008.

Corte IDH: Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra tierra) vs Argentina. Fondo, sentencia de 06 de febrero de 2020.

Corte IDH: Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Fondo, sentencia de 23 de agosto de 2018.

Corte IDH: Da Costa Cadogan vs. Barbados. Fondo, sentencia de 24 de septiembre de 2009.

Corte IDH: Gelman vs. Uruguay. Supervisión, resolución de 20 de marzo de 2013.

Corte IDH: I.V. vs. Bolivia. Fondo, sentencia de 30 de noviembre de 2016.

Corte IDH: Muelle Flores vs. Perú. Fondo, sentencia de 06 de marzo de 2019.

Corte IDH: Petro Urrego vs. Colombia. Fondo, sentencia de 8 de julio de 2020.

Corte IDH: Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Fondo, sentencia de 09 de marzo de 2018.

Corte IDH: Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, sentencia 31 de enero de 2001.

Corte IDH: Yatama vs. Nicaragua. Fondo. 23 de junio de 2005.

SCJN: Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad. (2011), P. LXVII/2011(9a.) Semanario Judicial de la Federación.

SCJN: Controversia constitucional. Las violaciones susceptibles de analizarse en el fondo son las relacionadas con el principio de división de poderes o con la cláusula federal, sobre la base de un concepto de afectación amplio. (2015), Tesis P./J. 42/2015 (10a.). Semanario Judicial de la Federación.

SCJN: Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. (2013), contradicción de tesis 293/2011. Semanario Judicial de la Federación.

SCJN: Estatuto de Gobierno del Distrito Federal. Junto con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos integra bloque de constitucionalidad en materia electoral. (2007), P./J. 18/2007 (9a). Semanario Judicial de la Federación.

SCJN: Restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades. Su contenido no impide que la suprema corte de justicia de la nación las interprete de la manera más favorable a las personas, en términos de los propios postulados constitucionales. (2017) 2a./J. 163/2017 (10a.). Semanario Judicial de la Federación.

SCJN: Restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades. adicionalmente a que se traten de una manifestación expresa del constituyente mexicano que impide su ulterior ponderación con otros instrumentos internacionales, también se encuentran justificadas en el texto de la convención americana sobre derechos humanos. (2015), 2a. CXXVIII/2015 (10a.). Semanario Judicial de la Federación.