



Cuestiones Constitucionales

ISSN: 1405-9193

rmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

García Ramírez, Sergio; Morales Sánchez, Julieta

RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS:
LIBERTAD DE EXPRESIÓN, JURISDICCIÓN MILITAR Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Cuestiones Constitucionales, núm. 29, julio-diciembre, 2013, pp. 163-218

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88531578006>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 29, julio-diciembre 2013

RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: LIBERTAD DE EXPRESIÓN, JURISDICCIÓN MILITAR Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

ACCEPTANCE OF INTER-AMERICAN JURISPRUDENCE ON HUMAN RIGHTS: FREEDOM OF EXPRESSION, MILITARY JURISDICTION AND REVIEW FOR COMPLIANCE

Sergio GARCÍA RAMÍREZ*
Julietta MORALES SÁNCHEZ**

RESUMEN: El orden jurídico internacional, establecido en tratados o convenciones, ingresa al ámbito nacional por diversas vías, que se mencionan en este artículo: constitucional, legal, jurisprudencial, política y cultural. El presente artículo se refiere, primordialmente, al ingreso por vía jurisprudencial. En nuestros días, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adquirido gran visibilidad y relevancia en México. Este fenómeno constituye una hipótesis destacada de recepción interna del ordenamiento internacional de los derechos humanos, particularmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

ABSTRACT: The international legal framework established in treaties and conventions enters the national sphere through the different ways, as mentioned in this article: constitutionally, legally, jurisprudentially, politically and culturally. This article mainly refers to its admission through jurisprudence. Nowadays, Inter-American Court of Human Rights jurisprudence has attained increased visibility and importance in Mexico. This phenomenon represents a leading hypothesis on internal admission of the international human rights framework, especially the American Convention on Human Rights or Pact of San Jose.

Palabras clave: derechos humanos, derecho internacional de los derechos humanos, jurisdicción interna, nacional o doméstica, Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

Descriptors: human rights, international human rights law, internal, national or domestic jurisdiction, Inter-American Convention on Human Rights or Pact of San José.

* Ex juez y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; investigador nacional emérito del Sistema Nacional de Investigadores (SNI); investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

** Doctora en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; profesora de la Facultad de Derecho de la misma universidad.; consultora del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

I. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL (CONVENCIONAL) EN EL DERECHO INTERNO

El orden internacional de los derechos humanos se sustenta en valores y principios generalmente compartidos,¹ que destacan la supremacía y dignidad del ser humano. En consecuencia, organizan la vida social, el poder político y la normativa jurídica con sentido “antropocéntrico”.² Ese orden internacional figura en las fuentes actuales del régimen constitucional mexicano de los derechos humanos, derivado de la reforma de 2011. En ella concurren las tradiciones constitucionales propias, de corte liberal y social, y las aportaciones del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).³ En este segundo espacio tiene creciente presencia la recepción

¹ La universalidad, no apenas la generalidad, es rasgo y aspiración de los derechos humanos, que no distinguen entre personas; a todos alcanzan por igual. El andamiaje del orden jurídico se eleva sobre los principios de igualdad y no discriminación, que forman parte del *ius cogens*, como afirma la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03*, 17 de septiembre de 2003, párrafos 98-110. Los hombres han nacido libres e iguales, sostuvo una fórmula clásica, anuncio de la nueva era. Sin embargo, es notorio que los valores y principios que imperan en este campo, que compartimos con absoluta convicción, no son igualmente entendidos, postulados o aceptados por todos los pueblos; persiste el relativismo a la hora de formular derechos o, sobre todo, al tiempo de consagrarlos, garantizarlos y ejercerlos.

² Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, UNAM, México, 2003, pp. 115-121.

³ Juan Carlos Hitters y Oscar Fappiano entienden al derecho internacional de los derechos humanos como una “rama del derecho internacional clásico, cuyo objeto es la protección y promoción de las libertades fundamentales del hombre”. *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, EDIAR, X 2007, t. I, vol. 1, p. 404. Carlos Villán Durán señala que el derecho internacional de los derechos humanos es el “sistema de principios y normas que regula un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de desigual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, los cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto”. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2002. Luis Díaz Müller indica que “el derecho transnacional de protección está constituido por aquel sector del derecho internacional que establece una interpenetración con los regímenes jurídicos nacionales en materia de tutela de los derechos humanos”. *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2006, p. 9. José Guillermo Vallarta Plata entiende que “el derecho internacional de los derechos humanos consiste en un conjunto de declaraciones y principios que sirven como base para la consolidación de instrumentos internacionales convencionales que comprometen a los Estados a respetar

ción del derecho interamericano, a través de la normativa correspondiente y de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana o CorteIDH).⁴ Uno y otras traducen lo que se ha denominado la “navegación americana”,⁵ que plantea tiempos, formas y etapas singulares para alcanzar el imperio final de los derechos humanos.

La navegación americana ha conducido al establecimiento de un Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, con un triple componente: a) ideológico, que reside en convicciones compartidas sobre la situación y el papel del ser humano, de la sociedad y del Estado;⁶ b) jurídico, que desarrolla aquellas convicciones en normas de esta naturaleza,⁷ y

los derechos humanos reconocidos universalmente. *La protección de los derechos humanos. Régimen Internacional*, México, Porrúa, 2006, p. 238. Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos están conformados por instrumentos (tratados internacionales) y mecanismos (organismos que garantizan los derechos reconocidos en esos instrumentos). Valencia Villa, Alejandro, “Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos”, en Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José Antonio (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara, Universidad Iberoamericana, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, 2006, p. 120.

⁴ En el expediente Varios 912/2010, la Suprema Corte de Justicia mexicana sostuvo que las sentencias de la Corte Interamericana emitidas en casos instaurados en contra de México son de obligatoria observancia para todos los jueces nacionales, y que el resto de la jurisprudencia de la CorteIDH concerniente a otros casos sólo tiene carácter orientador. A este respecto *cfr.* García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2012, pp. 245-274.

⁵ *Cfr.* García Ramírez, Sergio, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en García Ramírez y Castañeda Hernández, Mireya (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, 2009, p. 19. Acerca de la recepción del orden internacional, desde la perspectiva de un diálogo entre jurisdicciones, *cfr.* el ilustrativo estudio de José María Serna de la Garza, “Diálogo jurisprudencial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales mexicanos”, en *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2007, pp. 239 y ss.

⁶ *Cfr.* Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷ Sobre los instrumentos declarativos y convencionales a nivel internacional, *cfr.* *Compilación de instrumentos internacionales sobre protección de la persona aplicables a México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ts. I-VII, 2012. Los tomos

c) político, que abarca a los protagonistas del Sistema: Estados americanos,⁸ organización que los reúne —OEA—, sociedad civil y actores emergentes (ombudsman, defensoría pública, defensa privada, comunicadores sociales, academia).⁹

Está en marcha, cada vez más intensa y firme, la recepción del orden jurídico internacional en el ordenamiento interno, con múltiples implicaciones. Gravita en las tareas del legislador, llamado a “ajustar” las disposiciones internas; del Ejecutivo, convocado a aplicarlas y a promover políticas públicas con perspectiva de derechos humanos, y del juzgador, que aplica el nuevo derecho, incluso a través del “control de convencionalidad”.¹⁰ Este

I y II de esta compilación abordan específicamente los instrumentos correspondientes al derecho internacional de los derechos humanos.

⁸ Integran la OEA 34 Estados, con derechos plenos. Veinticinco han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la Convención mediante comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 26 de mayo de 1998. La denuncia entró en vigor un año después, conforme al artículo 78.1 de la Convención Americana. *Cfr. Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano* (actualizado a junio de 2005), San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 76 y ss. Empero, el Estado quedó sujeto a los compromisos adquiridos en lo que respecta a hechos anteriores al momento en que entró en vigor la denuncia. Así lo recordó la Corte Interamericana en las sentencias sobre excepciones preliminares de los Caso Hilaire, sentencia del 10. de septiembre de 2001 (Excepciones Preliminares), párrafos 28; Caso Benjamin y otros, sentencia del 10. de septiembre de 2001 (Excepciones Preliminares), párrafo 22; Caso Constantine y otros, sentencia del 10. de septiembre de 2001 (Excepciones Preliminares), párrafo 28. Veintiún Estados han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, http://www.corteidh.or.cr/denuncias_consultas.cfm. Por otra parte, el gobierno de Venezuela denunció la Convención el 10 de septiembre de 2012. Esta decisión será efectiva un año después de la comunicación, conforme al referido artículo 78 CADH.

⁹ *Cfr.* García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción interamericana de derechos humanos. Estudios*, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, pp. 77-80.

¹⁰ El entonces juez García Ramírez introdujo el concepto de control de convencionalidad en votos particulares ante la CorteIDH. Afirmó que todos los órganos del Estado deban atenerse a los criterios sustentados por el tribunal internacional a propósito de la Convención; bajo ésta, interpretada por su propia instancia judicial, se realiza el control externo de convencionalidad. *Cfr.* Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del la Corte en el Caso *Myrna Mack Chang* del 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 27, <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Posteriormente el mismo Juez observó que “en la lógica del sistema —y en las aspira-

proceso aún tropieza —y así será, durante algún tiempo— con reticencias. Sin embargo, se está abriendo camino por diversas vías, que son otros tantos puentes para el enlace entre el DIDH y el espacio jurídico interno:

- a) constitucional, como se ha visto en numerosas reformas practicadas en América Latina,¹¹ inclusive la mexicana de 2011;
- b) legal, mediante normas de implementación de tratados y cumplimiento de sentencias de órganos internacionales, supranacionales o transnacionales, que en México es todavía muy limitada y que tampoco ha conseguido suficientes avances en otros países de nuestra área;¹²
- c) jurisdiccional, facilitada por la creciente asunción judicial de los imperativos internacionales, que constituye uno de los datos más

ciones institucionales de la Corte Interamericana, como elemento de éste— reside la idea de que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el derecho interno —que son el puente entre el sistema internacional y el nacional—, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional¹³. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del la Corte en el Caso Tibi, sentencia del 7 de septiembre de 2004, párrafos 3-6. Sobre la novedad aportada en los votos citados, *cfr.* Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, *La Ley* (Buenos Aires), 27 de julio de 2009, pp. 1-5; Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008, pp. 46 y 167-171, y Vergottini, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. Pedro J. Tenorio Sánchez, pról. Javier García Roca, Cuadernos Civitas, Thompson Reuters, Pamplona, 2010, p. 2010, p. 112. En torno a la misma materia, *cfr.* Sagües, Néstor Pedro, “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune interamericano*”, en Varios, *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, Max Planck Institut, 2010, t. II, pp. 449 y ss.

¹¹ Así, en Argentina, mediante la reforma constitucional de 1994, y en las leyes fundamentales de Guatemala (artículo 46), Colombia (artículo 93), Ecuador (artículo 417), Venezuela (artículo 23), República Dominicana (artículo 74.4) y Bolivia (artículos 13, fracción IV y 256, fracción II), que asumen el predominio de disposiciones protectoras del ser humano —versión del principio *pro homine*—.

¹² *Cfr.* García Ramírez, Sergio, “Raíz, actualidad y perspectivas de la jurisdicción interamericana de derechos humanos” en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 20, enero-junio de 2009, pp. 158-159 y 189-190; (*Memoria del Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2008, pp. 365 y ss.

relevantes del progreso jurídico¹³ y supera la tradicional renuencia de muchos depositarios de la función judicial,¹⁴ que se pone a prueba cuando el tribunal interamericano adopta decisiones condenatorias del Estado, como ha ocurrido en relación con México en los últimos años;¹⁵

- d) política, que imprime “perspectiva de derechos humanos” a las políticas públicas y a los actos de gobierno, y
- e) cultural, que se traduce en una “cultura de los derechos humanos”¹⁶ y provee sustento a las otras expresiones formales de la recepción.

En suma, por estos medios —que impulsan y concretan el nuevo mundo de los derechos humanos, en la norma y en la práctica— se produce una reconstrucción o, por lo menos, una relectura del derecho interno bajo la luz del derecho internacional. Ocurre, pues, un amplio movimiento de reelaboración jurídica que debe trasladarse a la revisión de relaciones sociales,

¹³ Cfr. García Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, pp. 151-153.

¹⁴ El progreso se ve alentado por pronunciamientos de los más altos tribunales internos. Así lo han hecho, por ejemplo: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Tribunal Constitucional de Bolivia, Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Tribunal Constitucional de Perú, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Corte Constitucional de Colombia. A este respecto cfr. la relación que aporta la propia CorteIDH en varias sentencias a partir del Caso Cabrera García y Montiel Flores, sentencia del 26 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 226-232.

¹⁵ Cfr. Caso Radilla Pacheco, sentencia del 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 339 y 340; Caso Fernández Ortega y otros, sentencia del 30 de agosto de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 236 y 237; Caso Rosendo Cantú y otra, sentencia del 31 de agosto de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 219-220; Caso Cabrera García y Montiel Flores, cit., párrafos 225 y 233. Estos casos han sido examinados por la doctrina mexicana en obras y artículos de diversos autores; así, Jorge Ulises Carmona Tinoco, Karlos Castilla, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fernando Silva García, Mauricio del Toro Huerta y Sergio García Ramírez. A este respecto, cfr. García Ramírez y Del Toro, Mauricio, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, Porrúa, UNAM, 2011, pp. 86 y ss.

¹⁶ Cfr., entre otros, Fernández, Alfred (ed.), *Hacia una cultura de los derechos humanos. Un manual alternativo de los derechos humanos de los derechos fundamentales y del derecho a la educación*, Universidad de Verano de Derechos Humanos y del Derecho a la Educación, Ginebra, 2000.

especialmente las que median entre el poder político —pero también los poderes sociales— y el ser humano.

Este trabajo revisa la recepción jurisdiccional por parte del más alto tribunal mexicano en algunas materias específicas, que han merecido atención particular. No se olvida, sin embargo, la evidente necesidad de que la recepción opere en otras instancias, especialmente las legislativas. Ahora nos proponemos examinar el “diálogo” entre la jurisdicción nacional mexicana y la jurisdicción interamericana en torno a la libertad de expresión, el fuero militar y el control de convencionalidad. A la fecha existen precisiones jurisdiccionales, emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN o Suprema Corte), suficientes para fijar directrices en estos ámbitos.

Nuestro campo de atención es la recepción del orden internacional definido en instrumentos vinculantes para los Estados, a los que se refieren los artículos 1o. y 133 de la Constitución, e interpretado por el órgano jurisdiccional supranacional establecido para este fin, es decir, la Corte Interamericana.¹⁷ No entramos, salvo incidentalmente, en el examen de la recepción directa de disposiciones convencionales ni de normas que provienen de otras fuentes, especialmente la costumbre. De ahí los títulos de este artículo y este apartado, que aluden al derecho internacional convencional y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Nos ocuparemos de la interpretación aportada por el tribunal interamericano —y de la acogida o establecida por la SCJN— en relación con libertad de expresión, fuero militar y control de convencionalidad. No abordaremos otra cuestión de gran relevancia, a saber, el carácter vinculante u orientador de las decisiones del órgano supranacional, que ha dividido las opiniones entre los integrantes del más alto tribunal nacional.¹⁸ Por ahora prevalece la idea —que no compartimos— de que son vinculantes las interpretaciones de aquél órgano cuando han sido vertidas en asuntos que conciernen a México, no así cuando constan en casos ajenos a nuestro país —en que serían meramente orientadoras—, o se recogen en opiniones consultivas.¹⁹

¹⁷ Sobre las competencias de la CorteIDH, *cfr.* artículos 52 y 69 de la Convención Americana y artículos 1o.y 2o. del Estatuto de dicho órgano.

¹⁸ *Cfr.* expediente Varios 912/2010, <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/10009120.008.doc>.

¹⁹ No obstante, hay criterio de la Suprema Corte en el sentido de que las Opiniones Consultivas emitidas por la CorteIDH no son vinculantes. La SCJN estableció que “esta opinión (la OC-17/2002) de la Corte Interamericana no resulta formalmente vinculante, pues, como la propia Corte lo explicó, su función consultiva es *‘la interpretación de esta*

Hemos procurado resumir, en la medida de lo posible, los conceptos vertidos por la CIDH y la SCJN. También hemos modificado la redacción, abreviando los textos, sin alterar —por supuesto— el fondo de las ideas recogidas en ellos. En otros casos, las invocaciones son literales, y aparecen entre comillas.

II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN²⁰

1. *Jurisprudencia interamericana*

La Corte Interamericana ha destacado dos dimensiones de la libertad de expresión: individual y social. Aquélla implica el derecho y la libertad de expresar el pensamiento propio por cualquier medio y hacerlo llegar a otras personas; la segunda, el derecho y la libertad de buscar,

Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos', a modo de un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales referentes a derechos humanos; no obstante y, precisamente, porque interpreta los tratados de derechos humanos que son fuente formal de derecho en México, resulta orientadora para interpretar la reforma constitucional al artículo 18, de 2005". *cfr.* Acción de inconstitucionalidad 37/2006, <http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes/> y http://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Cronicas%20del%20pleno%20y%20salas/cr_menores_inf-B.pdf. Por el contrario, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha afirmado que las opiniones consultivas sí son vinculantes para el país que planteó la consulta. *Cfr.* Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, expediente 0421-S-90, número 2313-95, 9 de mayo de 1995, considerando VII.

²⁰ Sobre esta materia, *cfr.* García Ramírez y Gonza, Alejandra, "La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", en *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006-2, pp. 459 y ss. Véase una versión posterior, en tres idiomas, actualizada por los mismos autores: *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Sociedad Interamericana de Prensa, 2a. ed., México, 2009; *Freedom of thought and expression in the case law of the Inter-American Court of Human Rights*, Inter American Press Association, 2a. ed., México, 2009; *A Liberdade de Expressão na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, trad. de Lúcia Leão e Ana Luisa Gomes Lima, 3a. ed., México, Sociedade Interamericana de Imprensa, 2011.

recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.²¹ Ambas dimensiones deben ser garantizadas simultáneamente.²²

La libertad de expresión posee —histórica y actualmente, y así será en el futuro— un eminente valor político. Es piedra angular de una sociedad democrática; instrumento necesario en la formación de la opinión pública. Una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.²³ La libertad de expresión garantiza la difusión de informes e ideas, entre ellas las que pudieran resultar ingratis para el Estado o para algún sector de la sociedad.²⁴ Al respecto, es preciso considerar que en una sociedad democrática son imprescindibles las “voces de oposición”; sin ellas, no es factible alcanzar acuerdos que tomen en cuenta las diferentes visiones que existen en el interior de la sociedad.²⁵

La jurisprudencia interamericana advierte que publicidad y transparencia en la gestión pública deben regir la actividad del Estado; es indispensable brindar a los ciudadanos amplio y efectivo acceso a la información de in-

²¹ Cfr Caso Ricardo Canese, sentencia del 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 77. Asimismo, cfr. Caso Claude Reyes y otros, sentencia del 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 75 y 76; Caso López Álvarez, sentencia del 10. de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 163; Caso Palamara Iribarne, sentencia del 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 69; Caso Herrera Ulloa, sentencia del 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 108; Caso Ivcher Bronstein, sentencia del 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y Costas), párrafo 146; Caso “La Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros*), sentencia del 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 64; Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”), sentencia del 24 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 196, y *La colegiación obligatoria de periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85, párrafo 30.

²² Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, cit., párrafos 31-33; Caso Claude Reyes y otros, cit., párrafo 77; Caso López Álvarez, cit., párrafo 163; Caso Palamara Iribarne, cit., párrafo 69; Caso Ricardo Canese, cit., párrafos 78-80; Caso Herrera Ulloa, cit., párrafos 109-111; Caso Ivcher Bronstein, cit., párrafos 147-149, y Caso “La Última Tentación de Cristo”, cit., párrafos 65-67.

²³ Cfr. *La colegiación obligatoria de periodistas*, cit., párrafos 69-70. También cfr. Caso Claude Reyes y otros, cit., párrafo 85; Caso Ricardo Canese, cit., párrafos 82 y 86; Caso Herrera Ulloa, cit., párrafos 112-113; Caso Ivcher Bronstein, cit., párrafos 151-152, y Caso “La Última Tentación de Cristo”, cit., párrafos 68 y 69.

²⁴ Caso Manuel Cepeda Vargas, sentencia del 26 de mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 172.

²⁵ *Ibidem*, párrafo 173.

terés público que se encuentra bajo el control del Estado.²⁶ En la sociedad democrática prevalece el principio de máxima divulgación.²⁷ La contrapartida de aquel derecho es la obligación positiva del Estado de suministrar la información o sustentar la negativa a proporcionarla en los motivos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, Convención Americana o CADH).²⁸

En el marco del debate público, el margen de aceptación y tolerancia a las críticas por parte del ²⁹Estado, los funcionarios públicos, los políticos e inclusive los particulares que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público debe ser mucho mayor que el de los particulares.³⁰ El umbral de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés que revisten sus actividades, que salen de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.³¹

La CorteIDH se ha ocupado señaladamente en el examen del derecho a la expresión por parte de quienes ejercen profesionalmente tareas de comunicación social. En este ámbito se desenvuelven los periodistas. Aquel tribunal ha dicho que el periodista profesional es una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado.³² Tomando en cuenta que mantiene informada a la sociedad, requisito para el goce de la libertad por parte de los ciudadanos, es indispensable que el periodista goce de protección e independencia para el desempeño de su función.³³

²⁶ *Cfr.* Caso Claude Reyes y otros, *cit.*, párrafos 86 y 87.

²⁷ *Cfr. Ibidem*, párrafo 92; Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”), *cit.*, párrafo 199.

²⁸ *Cfr.* Caso Claude Reyes y otros, *cit.*, párrafo 77, y Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”), *cit.*, párrafo 197.

²⁹ *Cfr.* Caso Ricardo Canese, *cit.*, párrafo 97, Caso Claude Reyes y otros, *cit.*, párrafo 86; Caso Herrera Ulloa, *cit.*, párrafos 116 y 127, y Caso Ivcher Bronstein, *cit.*, párrafo 155.

³⁰ *Ibidem*, párrafos 98 y 103. *Cfr.*, igualmente, Caso Palamara Iribarne, *cit.*, párrafo 82; Caso Herrera Ulloa, *cit.*, párrafo 128, y Caso Ivcher Bronstein, *cit.*, párrafo 155.

³¹ Caso Herrera Ulloa, *cit.*, párrafos 128 y 129, y Caso Tristán Donoso, sentencia del 27 de enero de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 115, y Caso Fontevecchia y D’Amico, sentencia del 29 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 47.

³² *La colegiación obligatoria de periodistas*, *cit.*, párrafos 72 a 74, y Caso Fontevecchia y D’Amico, *cit.*, párrafo 46.

³³ *Cfr.* Caso Ivcher Bronstein, párrafo 150, y *La colegiación obligatoria de periodistas*, *cit.*, párrafos 34 y 78-79.

En la línea de preocupaciones acerca de la protección debida a quienes ejercen el derecho a la expresión, el Tribunal interamericano advierte la posibilidad de que esa libertad de vea ilegítimamente restringida por condiciones de *facto* que coloquen a quienes la ejercen en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad, directa o indirectamente. No es posible desplegar plenamente la libertad de expresión cuando sus titulares son víctimas de amenazas, agresiones de diverso carácter—físicas, psíquicas o morales—u otros actos de hostigamiento, que limitan la libertad.³⁴ Frente a hechos de semejante naturaleza, que suscitan temor razonable entre los periodistas, podría producirse la “autocensura” en cuanto al tipo de noticias que aquéllos cubren, la forma de obtener información y las decisiones sobre la difusión de los hechos que conocen.³⁵ Frente a hechos de ese carácter, es preciso que el Estado adopte medidas de protección necesarias y razonables, y se abstenga “de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice (la) vulnerabilidad” de quienes ejercen el derecho a la expresión.³⁶

Lo anterior no implica que la libertad de expresión constituya un derecho absoluto, ilimitado, exento de consecuencias y responsabilidades. Los medios de comunicación deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.³⁷ El artículo 13.2 de la Convención Americana, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Las restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.³⁸

Las causales de responsabilidad ulterior deben estar fijadas por la ley, expresa, taxativa y previamente, ser necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”, y no limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad, constituyendo de este modo un mecanismo directo o indirecto de censura previa. La CorteIDH ha señalado que el derecho penal es el

³⁴ Caso Vélez Restrepo y familiares, sentencia del 3 de septiembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 209.

³⁵ *Ibidem.*, párrafo 212.

³⁶ Caso Manuel Cepeda Vargas, *cit.*, párrafo 172.

³⁷ *Cfr.* Caso Herrera Ulloa, *cit.*, párrafo 117.

³⁸ *Ibidem*, párrafo 120; Caso Tristán Donoso, *cit.*, párrafo 110, y Caso Fontevecchia y D'Amico, *cit.*, párrafo 43.

medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita.³⁹ Por lo que toca al desempeño de periodistas, hubo diversas opiniones en lo que respecta a las consecuencias de la conducta ilícita: ¿civiles o penales?⁴⁰

Considerando la importancia que reviste la libertad de expresión y la elevada responsabilidad que entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. La equidad debe regir el flujo informativo. Así se explican la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y la necesidad de asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas.⁴¹ Son instrumentos de la libertad de

³⁹ Cfr. Caso Palamara Iribarne, *cit.*, párrafo 79, y Caso Ricardo Canese, *cit.*, párrafo 104.

⁴⁰ A este respecto existen diversas posturas. La Corte Interamericana ha señalado que “el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”. Conforme al “principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido.” Caso Kimel, sentencia del 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 76 y 77; véase también el Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del la Corte en el Caso Kimel, párrafos 14 y 15. Así, se ha señalado la conveniencia de aplicar la vía civil en esta materia, en virtud de que una sentencia condenatoria de este tipo constituye una declaración de ilicitud no menos enfática y eficaz que la condena penal. La sentencia civil entraña, por sí misma, una reparación consecuente con la necesidad de satisfacer el honor de quien reclama la tutela judicial. Además puede condenar al pago de ciertas prestaciones correspondientes al daño moral y, en su caso, material, causado a la persona a quien se difamó. Por ello “una resolución civil provee las dos especies de reparación que revisten mayor interés para el sujeto agraviado, y además entraña, para satisfacción social, el reproche jurídico que merece una conducta ilícita”. Voto concurrente del juez García Ramírez al Caso Herrera Ulloa, párrafos 14-21. Cfr. Caso Herrera Ulloa, *cit.*, párrafos 127-135. Sobre este tema cfr. García Ramírez y Morales Sánchez, “Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 24, año 11, enero-junio, pp. 212 y 213.

⁴¹ Caso Kimel, *cit.*, párrafo 57.

expresión, no vehículos para restringirla; por ello es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones.⁴² El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo, sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido.⁴³

La CorteIDH también se ha pronunciado acerca del derecho de rectificación y respuesta reconocido en el artículo 14.1 de la CADH. De conformidad con el artículo 1.1 de este instrumento, los Estados deben respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de aquel derecho. Cuando no se pueda ejercer en el marco del ordenamiento interno, el Estado tiene la obligación —sustentada en el artículo 2o. CADH— de adoptar las medidas necesarias, legislativas o de otro carácter, para garantizar su ejercicio.⁴⁴

2. Suprema Corte de Justicia

La Suprema Corte de Justicia se ha referido en diversos pronunciamientos al tema que venimos examinando. Mencionaremos algunos para identificar el criterio sustentado por el más alto tribunal mexicano.

El amparo directo 28/2010, conocido como *La Jornada vs. Letras Libres*, fue motivado por el artículo periodístico “Cómplices del terror”, publicado en la revista *Letras Libres*.⁴⁵ En el juicio de garantías, el tribunal sostuvo que la réplica y la contra-argumentación son las mejores y más efectivas herramientas para defender una actuación cuando viene a cuentas la libertad de expresión a propósito de un artículo periodístico. Un medio de comunicación tiene pleno acceso al derecho de réplica, sobre todo si se trata de una publicación que aparece diariamente.

En la sentencia de amparo se hizo ver que la Constitución protege cualquier pensamiento, incluso el que algunas personas pudieran considerar “odioso”. La diferencia entre las líneas editoriales de dos medios no impli-

⁴² Cfr. *La colegiación obligatoria de periodistas*, cit., párrafos 71, 72, 74 y 34; Caso Ivcher Bronstein, cit., párrafo 149; Caso Herrera Ulloa, cit., párrafo 117, y Caso Ricardo Canese, cit., párrafo 94.

⁴³ Cfr. Caso Herrera Ulloa, cit., párrafo 120; Caso Palamara Iribarne, cit., párrafo 79; Caso Ricardo Canese, cit., párrafo 95, y *La colegiación obligatoria de periodistas*, cit., párrafos 38 y 39.

⁴⁴ Cfr. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-7/86, párrafo 2, A, B y C.

⁴⁵ Cfr. <http://www.letraslibres.com/blogs/blog-de-la-redaccion/complices-del-terror>.

ca que la razón asista a uno de ellos, en perjuicio del otro, sino que ambos “piensan” de manera diferente y sostienen puntos de vista distintos respecto de los mismos hechos.

Si la prensa goza de la mayor libertad y de la más amplia protección para criticar a personajes que tienen proyección pública, resulta lógico y necesario concluir que la crítica que se enderece contra sus apreciaciones también debe disfrutar de libertad y protección. La Primera Sala de la Suprema Corte señaló que puede existir una relación simétrica entre dos medios de comunicación escritos, en virtud de la cual los contendientes tienen amplio margen de libertad para emitir sus opiniones en plano de igualdad. Ello implica la posibilidad de refutar desde sus páginas las opiniones discrepantes.

La SCJN reconoce que la situación política o social de un Estado y las circunstancias, concurrentes a la publicación de la nota pueden disminuir su significado ofensivo e incrementar el grado de tolerancia admisible. El debate sobre temas de interés público debe ser desinhibido, “robusto” y abierto; puede incluir ataques vehementes, cáusticos y desagradables, mordaces, sobre personajes públicos o, en general, ideas que puedan ser recibidas desfavorablemente por sus destinatarios y por la opinión pública en general. En una sociedad plural, tolerante y abierta, la tutela de la expresión no se contrae a ideas recibidas en forma positiva o miradas como inofensivas o indiferentes.

Si bien es cierto que

cualesquier individuo que participe en un debate público de interés general debe abstenerse de exceder ciertos límites, como el respeto a la reputación y a los derechos de terceros, también lo es que está permitido recurrir a una cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, puede ser un tanto desmedido en sus declaraciones, y es precisamente en las expresiones que puedan ofender, chocar, perturbar, molestar, inquietar o disgustar donde la libertad de expresión resulta más valiosa.⁴⁶

⁴⁶ “Así pues, no todas las críticas que supuestamente agravien a una persona, grupo, o incluso a la sociedad o al Estado pueden ser descalificadas y objeto de responsabilidad legal, aunque el uso de la libertad de expresión para criticar o atacar mediante el empleo de términos excesivamente fuertes y sin articular una opinión, puede conllevar una sanción que no resultaría violatoria de la libertad de expresión. En este sentido, es importante enfatizar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no reconoce un derecho al insulto o a la injuria gratuita, sin embargo, tampoco veda expresiones inusuales, alternativas, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias

En el amparo directo en revisión 1302/2009, la Primera Sala de la SCJN reconoció que un periódico puede ser responsable frente a terceros por la afectación que cause a los derechos de la personalidad de éstos, por medio de informaciones u opiniones que figuran en inserciones pagadas por particulares, como es el caso de las “esquelas”. El alto tribunal asentó criterios relevantes en torno al tema que nos ocupa.⁴⁷

y posturas mayoritarias, aun y cuando se expresen acompañadas de expresiones no verbales, sino simbólicas. Consecuentemente, el derecho al honor prevalece cuando la libertad de expresión utiliza frases y expresiones que están excluidas de protección constitucional, es decir, cuando sean absolutamente vejatorias, entendiendo como tales las que sean: a) ofensivas u oprobiosas, según el contexto, y b) impertinentes para expresar opiniones o informaciones, según tengan o no relación con lo manifestado. Respecto del citado contexto, su importancia estriba en que la situación política o social de un Estado y las circunstancias concurrentes a la publicación de la nota pueden disminuir la significación ofensiva y aumentar el grado de tolerancia”. [TA], Décima Época, 1a. Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro IV, enero de 2012, t. 3, p. 2909.

⁴⁷ Los criterios adoptados en este amparo directo en revisión 1302/2009 fueron: 1. Los particulares que pagan inserciones en periódicos se expresan y manifiestan “sin controles previos”, pero son responsables de las extralimitaciones o ilicitudes en que pudieren incurrir. 2. Consecuentemente, dichos particulares deben responder cuando sus expresiones excedan los límites constitucionales establecidos. 3. El medio de comunicación debe propiciar condiciones tendientes a evitar que devenga nugatorio el respeto de los derechos y libertades de terceros, tanto aquéllos que contratan la divulgación de cierto informe, como quienes pueden resultar afectados por su difusión. 4. El modo de observar este deber, bajo parámetros constitucionales, no es a través de un control *previo* del contenido de las inserciones contratadas, sino del aseguramiento de que éstas satisfacen determinados extremos que impedirán la violación de los derechos de terceros, a quienes se facilitará la posibilidad de exigir responsabilidad y obtener resarcimiento con motivo de las expresiones de un particular acogidas por el periódico. 5. Este deber de cuidado se satisface si el medio de comunicación cumple dos requisitos mínimos: (*i*) solicitar de los contratantes la información necesaria para determinar, de buena fe, datos básicos que permitan la identificación del autor y responsable de los dichos publicados, de manera que los potenciales afectados sepan contra quién plantear una demanda judicial por la supuesta vulneración de sus derechos a la personalidad, y (*ii*) cerciorarse de que el texto inserto en el medio corresponde a aquel cuya publicación fue solicitada. 6. Si el periódico no satisface dichos requisitos, no registra o conserva los datos que permitan que el tercero agraviado pueda enderezar su acción contra el emisor de la comunicación, el periódico asumirá el riesgo de responder judicialmente por los daños causados y no podrá trasladar su responsabilidad a otra persona. 7. Como se desprende de la [TA] 1a. XX/2011 (10a.), cuyo rubro es “DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA”, existen dos formas de sentir y entender el honor: (*i*) en el aspecto subjetivo o ético, se basa en un sentimiento íntimo exteriorizado por la afirmación de una persona acerca de su propia dignidad, lesionada por todo lo que lastima ese sentimiento, y (*ii*) en el aspecto

La SCJN ha sostenido que la libertad de expresión —que comprende la libertad de información— goza de preferencia con respecto a los derechos de la personalidad. Es importante destacar que las libertades de expresión e información alcanzan un nivel máximo cuando se ejercen por los profesionales del periodismo a través de la prensa, medio institucionalizado de formación de la opinión pública.⁴⁸

En el amparo directo en revisión 2044/2008,⁴⁹ la Suprema Corte adoptó el estándar que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha denominado “sistema

objetivo, externo o social, se asocia a la estimación del sujeto acerca de sus cualidades morales y profesionales dentro de la comunidad a la que pertenece (que comprende el prestigio y la credibilidad), lesionada por cuanto afecta a su reputación. El derecho al honor no atañe exclusivamente a las personas físicas; también las personas morales gozan de cierta consideración y reputación. El criterio que hemos descrito se aloja en la [TA] 1a. XXI/2011 (10a.), de rubro “DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR DE LAS PERSONAS JURÍDICAS”. *Cfr.* amparo directo en revisión 1302/2009, resuelto el 12 de mayo de 2010, fojas 52-57.

⁴⁸ [TA] 1a. XXII/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro IV, enero de 2012, t. 3, p. 2914, cuyo rubro es “LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU POSICIÓN PREFERENCIAL CUANDO SON EJERCIDAS POR LOS PROFESIONALES DE LA PRENSA”.

⁴⁹ Dio lugar a las tesis aisladas: 1a. XLIII/2010, de rubro “LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DERECHO A LA INFORMACIÓN Y A LA INTIMIDAD. PARÁMETROS PARA RESOLVER, MEDIANTE UN EJERCICIO DE PONDERACIÓN, CASOS EN QUE SE ENCUENTREN EN CONFLICTO TALES DERECHOS FUNDAMENTALES, SEA QUE SE TRATE DE PERSONAJES PÚBLICOS O DE PERSONAS PRIVADAS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI de marzo de 2010, p. 928, y 1a. CCXIX/2009, de rubro “DERECHOS AL HONOR Y A LA PRIVACIDAD. SU RESISTENCIA FREnte A INSTANCIAS DE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN ES MENOR CUANDO SUS TITULARES TIENEN RESPONSABILIDADES PÚBLICAS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX de diciembre de 2009, p. 278, en cuyo texto se retoman los efectos del “sistema dual de protección”. Este estándar, cuyas bases se habían sentado en la jurisprudencia europea, también fue adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque durante algún tiempo sólo se utilizó la construcción primaria que distingue a los personajes públicos de los privados, sin que se desarrollasen los efectos de dicho sistema, como el estándar de la llamada real malicia. La SCJN recordó diversos casos de la CorteIDH, entre ellos: Caso Herrera Ulloa, *cit.*, párrafos 125 y 128, y Caso Ricardo Canese, *cit.*, párrafo 103. La Corte Interamericana se pronunció también en el Caso Fontevecchia y D’Amico, en donde señaló: “59. [...] dos criterios relevantes, tratándose de la difusión de información [...], son: a) el diferente umbral de protección de los funcionarios públicos, más aún de aquellos que son elegidos popularmente, respecto de las figuras públicas y de los particulares, y b) el interés público de las acciones que aquellos realizan”.

dual de protección”⁵⁰ La Primera Sala desarrolló su posición sobre este sistema al resolver el amparo directo 28/2010, del que derivó la tesis aislada 1a. XXIII/2011 (10a.), cuyo rubro es “Libertad de expresión. Sus límites a la luz del sistema de protección dual y del estándar de malicia efectiva”⁵¹. Así, en una sociedad democrática los límites del derecho a la crítica y la intromisión son más amplios si éstas se refieren a personas cuyas actividades públicas o desempeño social los exponen a un control de opinión pública más riguroso que el relativo a particulares sin esa proyección.

La SCJN precisó que este umbral diferente no atiende a la calidad del sujeto, sino al interés público de sus actividades.⁵² Es importante esta precisión, de la que se desprende que el sujeto no estará sometido a un mayor escrutinio social a lo largo de toda su vida, sino solamente mientras realice funciones públicas o se halle involucrado en cuestiones de relevancia pública.

Al amparo del mismo sistema dual de protección, corresponde analizar si los coactores son personas públicas o privadas sin proyección pública. Esto permite determinar si están obligados a tolerar una mayor intromisión en su derecho al honor.

La Primera Sala de la SCJN consideró que existen tres categorías o especies dentro del género “personas o personajes públicos” o “figuras públicas”. Por lo que toca a la primera, hay consenso en considerar bajo ese concepto a los servidores públicos,⁵³ a los que se refiere la fracción III del artículo 7o. de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección

⁵⁰ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de 1999*, Capítulo II.B, apartado 1. El estándar partió de una construcción doctrinal elaborada por la Relatoría.

⁵¹ [TA] 1a. XXIII/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro IV, enero de 2012, t. 3, p. 2911.

⁵² *Idem*. Además, *cfr.* Caso Herrera Ulloa, *cit.*, párrafo 129; Caso Kimel, *cit.*, párrafo 86, y Caso Fontevecchia y D’Amico, *cit.*, párrafo 47.

⁵³ Al respecto, la Corte Interamericana sostuvo en una sentencia reciente que el “diferente umbral de protección del funcionario público se explica porque se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo cual lo puede llevar a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su derecho a la vida privada.”. *Cfr.* Caso Fontevecchia y D’Amico, *cit.*, párrafo 60. *Cfr.* también: tesis aislada 1a. CCXIX/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 278, cuyo rubro es “DERECHOS AL HONOR Y A LA PRIVACIDAD. SU RESISTENCIA FRENTE A INSTANCIAS DE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN ES MENOR CUANDO SUS TITULARES TIENEN RESPONSABILIDADES PÚBLICAS”.

del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.⁵⁴

En cuanto a la segunda especie, la misma Primera Sala ha entendido que una persona privada puede tener proyección pública —situación que también es aplicable a las personas morales—⁵⁵ en virtud de su actividad política, dedicación profesional, relación con algún suceso importante para la sociedad, trascendencia económica y vinculación social, entre otros factores.⁵⁶ Este criterio informa a la citada Ley de Responsabilidad Civil del Distrito Federal, cuyo artículo 7o., fracción VII, alude a “figuras públicas”.⁵⁷ Para evitar confusiones con respecto al concepto genérico que estamos

⁵⁴ Artículo 7o. “Para los efectos de esta ley se entiende por (...) III. Servidor Público: los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública del Distrito Federal, así como servidores de los organismos autónomos por ley”.

⁵⁵ Amparo directo en revisión 17/2011, sentencia del 18 de mayo de 2011. Obviamente este carácter depende de las actividades que realice, así como de la trascendencia e importancia de las mismas para la sociedad mexicana, limitando, el manto constitucional para proteger mayores intromisiones a aquellas expresiones e información que tengan una relación clara y directa con las propias actividades o el objeto social de la persona moral en cuestión.

⁵⁶ “La jurisprudencia española sobre el tema es muy extensa; al respecto, ver: Tribunal Supremo de España, STS 758/2011, sentencia 85/2011, recurso 865/2006, del 25 de febrero de 2011; STS 1027/2011, sentencia 143/2011, recurso 1777/2008, del 3 de marzo de 2011, y STS 1663/2011, sentencia 124/2011, recurso 373/2008, del 3 de marzo de 2011. El propio Tribunal Supremo se refería a este estándar como de “notoriedad pública” en algunas sentencias previas, como STS 1667/2011, sentencia 182/2011, recurso 1539/2008, del 21 de marzo de 2011 y STS 1791/2011, sentencia 153/2011, recurso 1168/2009, de 11 de marzo de 2011, en las cuales hacía una referencia más genérica a los factores que podrían producir proyección pública: la actividad profesional, la difusión habitual de acontecimientos de la propia vida privada o el protagonismo circunstancial resultante de verse implicado en hechos que gozan de relevancia pública. El Tribunal Europeo también ha aplicado este estándar de proyección pública a personas privadas; al respecto, ver TEDH, *Case of Bergens Tidende and Others v. Norway*, solicitud 26132/95, sentencia del 2 de mayo de 2000. El caso se refiere a un cirujano plástico, cuya conducta el Tribunal Europeo consideró de interés público, a pesar de tratarse de un particular”. Cf: Amparo directo 28/2010, foja 85.

⁵⁷ Artículo 7o. “Para los efectos de esta ley se entiende por (...) VII. Figura pública: La persona que posee notoriedad o trascendencia colectiva, sin ostentar un cargo público, y aquellas otras que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada”.

describiendo, mantendremos la denominación de personas (privadas) con proyección pública.

En el amparo directo 28/2010, la Primera Sala sostuvo que los medios de comunicación constituyen una tercera especie —*ad hoc*— de personas públicas. Esto se desprende de la tesis aislada 1a. XXVIII/2011 (10a.), bajo el rubro “Medios de comunicación. Su consideración como figuras públicas a efectos del análisis de los límites a la libertad de expresión”.⁵⁸

Refirámonos ahora al contenido de la información. A este respecto es importante la tesis aislada 1a. CCXX/2009, sobre “Libertad de expresión y derecho a la información. Modo en que deben ser entendidos los requisitos de veracidad e imparcialidad”.⁵⁹ En este caso se sostuvo que la información debe satisfacer dos requisitos internos: veracidad e imparcialidad. Aquélla no implica que toda información difundida deba ser “verdadera”, lo cual impondría un estándar de muy difícil observancia y desnaturalizaría el ejercicio mismo del derecho. Veracidad supone que los reportajes y las notas periodísticas que inciden en la formación de la opinión pública satisfagan cierto nivel de diligencia para la comprobación de los hechos sobre los que se informa. En caso de que no se llegue a conclusiones razonablemente sustentadas, la información señalará que existen otros pareceres y conclusiones acerca de los hechos relatados.

Por otro lado, la misma tesis señala que la imparcialidad constituye una barrera contra la tergiversación abierta, la difusión intencional de inexactitudes y el tratamiento no profesional de informaciones cuya difusión podría tener impacto notorio en la vida de las personas involucradas.

Para la debida comprensión de lo que se ha entendido por “requisito de veracidad” en la evolución de la doctrina respecto a las libertades de expresión e información, es necesario atender a un concepto relevante en el marco del extremo principal del sistema de protección dual, a saber, el concepto de “real malicia” o “malicia efectiva”, recogido por la

⁵⁸ [TA] 1a. XXVIII/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro IV, enero de 2012, t. 3, p. 2914.

⁵⁹ [TA] 1a. CCXX/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 284.

jurisprudencia⁶⁰ y considerado en los artículos 28-32 de la Ley de Respon-

⁶⁰ El estándar de malicia efectiva ha sido reconocido por la Primera Sala de la SCJN, en la tesis [TA] 1a. XXIII/2011 (10a.), 1a. CCXXI/2009, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 283, cuyo rubro es “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA RESPONSABILIDAD POR INVASIONES AL HONOR DE FUNCIONARIOS U OTRAS PERSONAS CON RESPONSABILIDADES PÚBLICAS SÓLO PUEDE DARSE BAJO CIERTAS CONDICIONES, MÁS ESTRICAS QUE LAS QUE SE APLICAN EN EL CASO DE EXPRESIONES O INFORMACIONES REFERIDAS A CIUDADANOS PARTICULARES”. Sostiene: “para que la exigencia de responsabilidad ulterior por la emisión de expresiones invasoras del honor de funcionarios públicos u otras personas relacionadas con el ejercicio de funciones públicas constituya una reacción jurídica necesaria, idónea y proporcional, deben satisfacerse condiciones más estrictas que las que se aplican en caso de invasiones al derecho al honor de ciudadanos particulares. Entre ellas se cuentan las siguientes: a) cobertura legal y redacción clara. Las causas por las que pueda exigirse responsabilidad deben constar en una ley, en sentido formal y material. Las leyes que establecen limitaciones a las libertades de expresarse e informar deben estar redactadas en términos claros y precisos para garantizar la seguridad jurídica, proteger a los ciudadanos de la arbitrariedad de las autoridades y evitar la disuasión expresa y la autocensura, pues las fórmulas vagas o ambiguas no permiten a los ciudadanos anticipar las consecuencias de sus actos, otorgan una discrecionalidad excesiva a las autoridades y tienen un clarísimo efecto disuasivo en el plano del ejercicio ordinario de las libertades. Cuando las normas de responsabilidad son de naturaleza penal y permiten privar a los individuos de bienes y derechos centrales —incluida, en algunas ocasiones, su libertad— las exigencias anteriores cobran todavía más importancia; b) intención específica o negligencia patente. Las expresiones e informaciones deben analizarse bajo el estándar de la “malicia”, esto es, bajo un estándar que exige que la expresión que alegadamente causa un daño a la reputación de un servidor público se haya emitido con la intención de causar ese daño, con conocimiento de que se estaban difundiendo hechos falsos, o con clara negligencia en el control de su veracidad; de otro modo las personas podrían abrigar el temor de poder incurrir de modo inadvertido en responsabilidad por la emisión de expresiones o informaciones, lo cual podría llevarlos, directa o indirectamente, a restringir abruptamente el ejercicio de sus derechos a expresarse o informar; c) materialidad y acreditación del daño. Las reglas de imputación de responsabilidad posterior deben requerir que quien alega que cierta expresión o información causa daño en su honorabilidad tenga la carga de probar que el daño es real, que efectivamente se produjo; d) doble juego de la exceptio veritatis. Quien se expresa debe siempre poder bloquear una imputación de responsabilidad ulterior probando que los hechos a los que se refiere son ciertos y, complementariamente, no puede ser obligado a probar, como condición sine qua non para evitar esa responsabilidad, que los hechos sobre los cuales se expresó son ciertos; e) gradación de medios de exigencia de responsabilidad. El ordenamiento jurídico no puede contemplar una vía única de exigencia de responsabilidad, porque el requisito de que las afectaciones de derechos sean necesarias, adecuadas y proporcionales demanda la existencia de medidas leves para reaccionar a afectaciones leves y medidas más graves para casos más graves. Además, hay que tener presente que al lado de exigencia de responsabilidad civil y penal existe otra vía, ahora expresamente mencionada en el

sabilidad Civil a la que nos hemos referido. Ese concepto, de procedencia anglosajona, ha ingresado recientemente al análisis jurídico. No sobra revisar sus conexiones con la noción penal del dolo, que bien pudiera absorber a la llamada real malicia.

Cuando la información se refiere a personas públicas, la doctrina de la real malicia conduce a la imposición de sanciones civiles en supuestos específicos. Los artículos 30 y 31 de la ley multicitada⁶¹ establecen que se sancionará: (*i*) respecto a servidores públicos, cuando se difunda información falsa, sin consideración alguna sobre esta calidad y con la clara intención de dañar; y (*ii*) por lo que hace a figuras públicas, cuando se difunda información a sabiendas de su falsedad.⁶²

Es relevante advertir, sostuvo la Primera Sala de la SCJN, “que si la noticia inexacta involucra a figuras particulares en cuestiones particulares no tiene aplicación la doctrina de la ‘real malicia’, funcionando en su reem-

ártculo 60. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: el derecho de réplica que, por su menor impacto en términos de afectación de derechos, está llamado a tener un lugar muy destacado en el diseño del mapa de consecuencias jurídicas derivables del ejercicio de la libertad de expresión; f) minimización de las restricciones indirectas. Al interpretar y aplicar las disposiciones constitucionales y legales en la materia no debe olvidarse que la plena garantía de las libertades consagradas en los artículos 60. y 70. de la Carta Magna no sólo exige evitar restricciones injustificadas directas, sino también indirectas. La proscripción de restricciones indirectas tiene muchas derivaciones posibles, pero entre ellas está sin duda la que obliga a prestar especial atención a las reglas de distribución de responsabilidad al interior del universo de sujetos implicados en la cadena de difusión de noticias y opiniones. Se trata, en otras palabras, de no generar dinámicas de distribución de responsabilidad entre ciudadanos, periodistas, editores y propietarios de medios de comunicación que lleven a unos a hallar interés en el silenciamiento o la restricción expresa de los demás”.

⁶¹ El artículo 30 de la Ley de Responsabilidad Civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal sostiene: “Los servidores públicos afectados en su patrimonio moral por opiniones y/o informaciones, conforme al artículo 33 de la ley, difundidas a través de los medios de comunicación e información, deberán probar la existencia de la malicia efectiva demostrando: I. Que la información fue difundida a sabiendas de su falsedad; II. Que la información fue difundida con total despreocupación sobre si era falsa o no, y III. Que se hizo con el único propósito de dañar”. El artículo 31 determina: “En el caso de las figuras públicas, la acción procederá siempre y cuando se pruebe la fracción I del artículo anterior”.

⁶² El artículo 32 de la ley señala que en el resto de los casos bastará que se demuestre la negligencia inexcusable del demandado. Para estos efectos, es interesante la exposición de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en sus informes anuales de 1999 (capítulo II.B, apartado, inciso a), 2000 (comentarios al principio 10, párrafo 40) y 2004 (capítulo VI.B, apartado 1, párrafo 11).

plazo los principios generales sobre responsabilidad civil, lo cual opera de la misma forma cuando se trate de personas con proyección pública pero en aspectos concernientes a su vida privada”.⁶³

En las tesis aisladas 1a. XXIV/2011 (10a.), “Libertad de expresión y derecho al honor. Expresiones que se encuentran protegidas constitucionalmente”,⁶⁴ y 1a. XXV/2011 (10a.), “Libertad de expresión.

⁶³ [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro IV, enero de 2012, t. 3, p. 2912.

⁶⁴ Que dice: “A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, existe una presunción general de cobertura constitucional de todo discurso expresivo. Cuando las ideas expresadas tienen por objeto exteriorizar un sentir positivo o favorable hacia una persona, resulta inconscio que no habría una intromisión al derecho al honor de la persona sobre la cual se vierten las ideas u opiniones. Lo mismo puede decirse de aquellas ideas que, si bien críticas, juzguen a las personas mediante la utilización de términos cordiales, decorosos o simplemente bien recibidos por el destinatario. Lo anterior evidencia que no existe un conflicto interno o en abstracto entre los derechos a la libertad de expresión y al honor. Así, el estándar de constitucionalidad de las opiniones emitidas en ejercicio de la libertad de expresión es el de relevancia pública, el cual depende del interés general por la materia y por las personas que en ella intervienen, cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado, pues en caso contrario ni siquiera existiría un conflicto entre derechos fundamentales, al no observarse una intromisión al derecho al honor. Es necesario matizar que si la noticia inexacta involucra a figuras particulares en cuestiones particulares no tiene aplicación la doctrina de la “real malicia”, funciona(n)do en su reemplazo los principios generales sobre responsabilidad civil, lo cual opera de la misma forma cuando se trate de personas con proyección pública pero en aspectos concernientes a su vida privada. Ahora bien, la relación entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, como el honor, se complica cuando la primera se ejerce para criticar a una persona, de forma tal que ésta se sienta agraviada. La complejidad radica en que el Estado no puede privilegiar un determinado criterio de decencia, estética o decoro respecto a las expresiones que podrían ser bien recibidas, ya que no existen parámetros uniformemente aceptados que puedan delimitar el contenido de estas categorías, por lo cual constituyen limitaciones demasiado vagas de la libertad de expresión como para ser constitucionalmente admisibles. De hecho, el debate en temas de interés público debe ser desinhibido, robusto y abierto, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y desagradablemente mordaces sobre personajes públicos o, en general, ideas que puedan ser recibidas desfavorablemente por sus destinatarios y la opinión pública, de modo que no sólo se encuentran protegidas las ideas que son recibidas favorablemente o las que son vistas como inofensivas o indiferentes. Éstas son las demandas de una sociedad plural, tolerante y abierta, sin la cual no existe una verdadera democracia.” [TA] 1a. XXIV/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro IV, enero de 2012, t. 3, p. 2912.

La Constitución no reconoce el derecho al insulto”.⁶⁵ En el amparo directo 28/2010, hay puntos relevantes para el estudio de esta materia.

II. JURISDICCIÓN MILITAR

La actividad de los tribunales castrenses, titulares de una jurisdicción especial o especializada,⁶⁶ posee diversas proyecciones, ampliamente analizadas:

⁶⁵ Tesis que sostiene: “Si bien es cierto que cualquier individuo que participe en un debate público de interés general debe abstenerse de exceder ciertos límites, como el respeto a la reputación y a los derechos de terceros, también lo es que está permitido recurrir a una cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, puede ser un tanto desmedido en sus declaraciones, y es precisamente en las expresiones que puedan ofender, chocar, perturbar, molestar, inquietar o disgustar donde la libertad de expresión resulta más valiosa. Así pues, no todas las críticas que supuestamente agravién a una persona, grupo, o incluso a la sociedad o al Estado pueden ser descalificadas y objeto de responsabilidad legal, aunque el uso de la libertad de expresión para criticar o atacar mediante el empleo de términos excesivamente fuertes y sin articular una opinión, puede conllevar una sanción que no resultaría violatoria de la libertad de expresión. En este sentido, es importante enfatizar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no reconoce un derecho al insulto o a la injuria gratuita, sin embargo, tampoco veda expresiones inusuales, alternativas, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, aun y cuando se expresen acompañadas de expresiones no verbales, sino simbólicas. Consecuentemente, el derecho al honor prevalece cuando la libertad de expresión utiliza frases y expresiones que están excluidas de protección constitucional, es decir, cuando sean absolutamente vejatorias, entendiendo como tales las que sean: a) ofensivas u oprobiosas, según el contexto, y b) impertinentes para expresar opiniones o informaciones, según tengan o no relación con lo manifestado. Respecto del citado contexto, su importancia estriba en que la situación política o social de un Estado y las circunstancias concurrentes a la publicación de la nota pueden disminuir la significación ofensiva y aumentar el grado de tolerancia”. [TA] 1a. XXV/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro IV, enero de 2012, t. 3, p. 2909.

⁶⁶ Cfr., entre otros, Calderón Serrano, Ricardo, *Derecho procesal militar*, UNAM, México, 1947; García Ramírez, Sergio, “Características del enjuiciamiento penal militar mexicano”, *Estudios penales*, 2a. ed., Universidad Autónoma de Coahuila, Saltillo, 1982, pp. 13 y ss.; Villalpando César, José Manuel, *Introducción al derecho militar mexicano*, Escuela Libre de Derecho, México, 1991; Sodi Cuéllar, Ricardo, “La subsistencia del fuero de guerra. Una peculiar configuración constitucional de la jurisdicción militar”, *El Derecho en México: Dos siglos (1810-2010)*, México, UNAM, Porrúa, 2010, t. III, pp. 603 y ss.; Pedroza de la Llave, Susana Thalía, “La reinterpretación del fuero de guerra o militar en el marco del Estado democrático”, *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, julio-diciembre de 2011, pp. 151-199;

- a) aplicación a hechos previstos por la ley militar, que afectan bienes jurídicos propios de este orden y cuyos autores o participantes son individuos incorporados (activamente) en las fuerzas armadas, y
- b) alcance con respecto a personas que no forman parte de las fuerzas armadas (en ningún momento, o al tiempo de la comisión del delito o del enjuiciamiento correspondiente) y acerca de hechos relacionados con bienes jurídicos ajenos, por su naturaleza, a la disciplina castrense.

Obviamente, en este segundo caso la injerencia militar resulta mucho más cuestionable —y por supuesto impugnable— que en el primero. Con frecuencia se utiliza para someter a los discrepantes o disidentes políticos, a través de medidas represivas excepcionales, exentas de control civil. También interesa a la doctrina, a la legislación y a la jurisprudencia la subsistencia misma del fuero militar o jurisdicción de guerra cuando no existe contienda: ¿jurisdicción de guerra en tiempo de paz? ¿Persistencia de una justicia que no se pliega a la igualdad de todas las personas ante la ley? Las consideraciones derivadas de estas interrogantes, que no nos proponemos abordar ahora, llevarían a la supresión circunstancial de la jurisdicción militar (es decir, en tiempo de paz), y acaso a la supresión absoluta, con el consecuente traslado de su función a la justicia ordinaria.

En América Latina ha existido un fuerte debate sobre esta materia, en vista del empleo de las fuerzas armadas y de la jurisdicción militar para contener movimientos populares, subversivos e incluso criminales, cuyo control y enjuiciamiento corresponden, naturalmente, a la autoridad civil. En la historia de las instituciones judiciales —una historia paralela al desenvolvimiento de la vida civil y al desarrollo de la democracia— ha sido constante la declinación de los fueros especiales o especializados, no se diga de los tribunales excepcionales, ampliamente proscritos.

En México, por ejemplo, esos fueros desaparecieron en el siglo XIX, con la excepción del militar, retenido —en medio de un intenso debate en el Constituyente de 1916-1917— por la carta de Querétaro.⁶⁷ Ésta tuvo el

Bermúdez, Renato, *Compendio de Derecho Militar Mexicano*, México, Porrúa, 1996; Carlos Espinosa, Alejandro, *Derecho militar mexicano*, 4a. ed., México, Porrúa, 2011.

⁶⁷ Artículo 13. “Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos

acuerdo de restringir el fuero militar precisamente al conocimiento de los delitos y faltas cometidos por militares en contra la disciplina militar, es decir, hechos ilícitos que afectan bienes jurídicos propios del orden castrense.⁶⁸ Con ello, la jurisdicción castrense no es personal —referente a la persona del enjuiciado—, sino funcional —relativa a la función de aquél, que se caracteriza en el marco de los bienes jurídicos que entran en juego. Así quedan excluidos tanto los hechos ajenos al orden castrense como la injerencia sobre individuos que no forman parte de las fuerzas armadas. Como adelante se verá, este tema ha cobrado nueva fuerza al amparo de la jurisprudencia interamericana, formada en los últimos lustros y recibida en nuestro país en años recientes.

1. Jurisprudencia interamericana

Es abundante la jurisprudencia interamericana sobre el fuero militar. Ha sostenido criterios definidos y constantes.⁶⁹ En los Estados democráticos

que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda".

⁶⁸ En la deliberación del Constituyente sobre la subsistencia del fuero de guerra, Muñica propuso, sin éxito, un texto diferente del que finalmente prevaleció: "Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, cuando la nación se encuentre en estado de guerra o cuando el ejército se halle en campaña en determinada región del país". *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. ed., México, Cámara de Diputados, LV Legislatura, 1994, t. III, pp. 44 y ss.

⁶⁹ Los casos contenciosos atendidos y resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se relacionan con el fuero militar (y, eventualmente, con otras cuestiones), son: Caso Loayza Tamayo, sentencia del 17 de septiembre de 1997 (Fondo); Caso Loayza Tamayo, sentencia del 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas); Caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia del 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Cesti Hurtado, sentencia del 29 de septiembre de 1999 (Fondo); Caso Durand y Ugarte, sentencia del 16 de agosto de 2000 (Fondo); Caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000 (Fondo); Caso Bámaca Velásquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000 (Fondo); Caso Las Palmeras, sentencia del 6 de diciembre de 2001 (Fondo); Caso Myrna Mack Chang, *cit.*; Caso 19 comerciantes, sentencia del 5 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Lori Berenson Mejía, sentencia del 25 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas); Caso de la Masacre de Mapiripán, sentencia del 15 de septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Palamara Iribarne, *cit.*; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, sentencia del 31 de enero de 2006

la jurisdicción penal militar tiende a reducirse en tiempo de paz, e incluso a desaparecer. Por ello, si un Estado resuelve conservarla, su empleo debe ser mínimo, cuando resulte estrictamente necesario, y siempre sujeto a los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno.⁷⁰ Ha de tener alcance restrictivo y encaminarse a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. El Tribunal supranacional ha señalado que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.⁷¹

La CorteIDH ha establecido que la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, tomando en cuenta el carácter de estos hechos y el bien jurídico que lesionan.⁷² A propósito de la violación de derechos humanos, se ha pronunciado en jurisprudencia constante⁷³ sobre la falta de competencia de la jurisdicción penal militar.

(Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Almonacid Arellano y otros, sentencia del 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso La Cantuta, sentencia del 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas); Caso de la Masacre de la Rochela, sentencia del 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Escué Zapata, sentencia del 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Zambrano Vélez y otros, sentencia del 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Tiu Tojín, sentencia del 26 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Usón Ramírez, sentencia del 20 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Radilla Pacheco, *cit.*; Caso Fernández Ortega y otros, *cit.*, y Caso Rosendo Cantú y otra, *cit.*, y Caso Cabrera García y Montiel Flores, *cit.*

⁷⁰ *Cfr.* Caso Radilla Pacheco, *cit.*, párrafo 272.

⁷¹ *Cfr.* Caso Castillo Petruzzi y otros, *cit.*, párrafo 128; Caso Durand y Ugarte, *cit.*, párrafo 117; Caso Cantoral Benavides, *cit.*, párrafo 112; Caso Las Palmeras, *cit.*, párrafo 51; Caso 19 Comerciantes, *cit.*, párrafo 165; Caso Lori Berenson Mejía, *cit.*, párrafo 142; Caso de La Masacre de Mapiripán, *cit.*, párrafo 202; Caso Palamara Iribarne, *cit.*, párrafos 124 y 132; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, *cit.*, párrafo 189; Caso Almonacid Arellano y otros, *cit.*, párrafo 131; Caso La Cantuta, *cit.*, párrafo 142; Caso de la Masacre de la Rochela, *cit.*, párrafo 200; Caso Escué Zapata, *cit.*, párrafo 105; Caso Tiu Tojín, *cit.*, párrafo 118; Caso Radilla Pacheco, *cit.*, párrafo 272; Caso Fernández Ortega y otros, *cit.*, párrafo 176, y Caso Rosendo Cantú y otra, *cit.*, párrafo 160, y Caso Cabrera García y Montiel Flores, *cit.*, párrafo 197.

⁷² *Cfr.* Caso de la Masacre de la Rochela, *cit.*, párrafo 200, y Caso Escué Zapata, *cit.*, párrafo 105.

⁷³ *Cfr.* Caso Durand y Ugarte, *cit.*, párrafos 116, 117, 125 y 126; Caso Cantoral Benavides, *cit.*, párrafos 112-114; Caso Las Palmeras, *cit.*, párrafos 51-53; Caso 19 Comer-

Dada la naturaleza del bien jurídico lesionado en tales hipótesis, dicha jurisdicción no es competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de aquellas violaciones; ese fuero sólo puede actuar con respecto a militares en activo y por la comisión de delitos o faltas que por su naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

El procesamiento de los responsables corresponde a la justicia ordinaria.⁷⁴ La intervención de la justicia ordinaria no depende de la gravedad de las violaciones cometidas, sino de la naturaleza de éstas y del bien jurídico que se pretende proteger a través de la ley penal y el correspondiente enjuiciamiento. Para observar la garantía del juez natural es irrelevante la fecha en que sucedieron los hechos violatorios; lo importante es la eficaz protección de la persona humana conforme al objeto y fin de la Convención Americana.⁷⁵

La asunción de competencia por parte de la justicia militar con respecto a un asunto que debe conocer la justicia ordinaria afecta el derecho al juez natural y, por lo mismo, vulnera el debido proceso,⁷⁶ íntimamente ligado al derecho de acceso a la justicia.⁷⁷ El juez encargado del conocimiento de

ciantes, *cit.*, párrafos 165, 166, 167, 173 y 174; *Caso Lori Berenson Mejía, cit.*, párrafos 141-145; Caso de la Masacre de Mapiripán, *cit.*, párrafo 202; Caso Palamara Iribarne, *cit.*, párrafos 139 y 143; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, *cit.*, párrafos 189 y 193; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), *cit.*, párrafos 53-54 y 108; Caso La Cantuta, *cit.*, párrafo 142; Caso de la Masacre de La Rochela, *cit.*, párrafo 200; Caso Escué Zapata, *cit.*, párrafo 105; *Caso Zambrano Vélez y otros, cit.*, párrafo 66; Caso Tiu Tojín, *cit.*, párrafos 118-120; *Caso Usón Ramírez, cit.*, párrafos 108-110; *Caso Radilla Pacheco, cit.*, párrafos 272-273; Caso Fernández Ortega y otros, *cit.*, párrafo 176; Caso Rosendo Cantú y otra, *cit.*, párrafo 160, y Caso Cabrera García y Montiel Flores, *cit.*, párrafos 197-199.

⁷⁴ Cfr. Caso Durand y Ugarte, *cit.*, párrafo 118; Caso La Cantuta, *cit.*, párrafo 142, y Caso de la Masacre de la Rochela, *cit.*, párrafo 200.

⁷⁵ Cfr. Caso 19 Comerciantes, *cit.*, párrafo 173; Caso de la Masacre de La Rochela, *cit.*, párrafo 200, y Caso Vélez Restrepo y familiares, sentencia del 3 de septiembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 244.

⁷⁶ La Corte ha indicado, en múltiples ocasiones, que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. Cfr. *inter alia*, Caso Castillo Petrucci y otros, *cit.*, párrafo 128, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores, cit.*, párrafo 197.

⁷⁷ Cfr. Caso Castillo Petrucci y otros, *cit.*, párrafo 128; Caso Palamara Iribarne, *cit.*, párrafo 143, y Caso Tiu Tojín, *cit.*, párrafo 118.

una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial.⁷⁸ Por esto último queda en entredicho la posición de los juzgadores castrenses, sometidos a una línea de mando militar; igualmente, se cuestiona su condición de órganos imparciales cuando intervienen en el enjuiciamiento de quienes entran en contienda con la fuerza militar.⁷⁹

La CorteIDH también ha establecido que la jurisdicción militar no se extiende a personas que fueron militares pero ya se han retirado de las fuerzas armadas.⁸⁰

La jurisdicción que ejercen los tribunales militares con respecto a violaciones a derechos humanos en agravio de civiles no afecta solamente al militar responsable; también interesa a la víctima civil. Ésta tiene derecho a participar en el proceso penal tanto para reclamar la reparación del daño como para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. El derecho de la víctima al debido proceso se quebranta cuando el enjuiciamiento queda en manos de la justicia militar. En la especie, vienen al caso bienes jurídicos propios del régimen ordinario.⁸¹

Por lo que toca a la impugnación de resoluciones dictadas en estas hipótesis por un tribunal castrense, la CorteIDH ha recordado que la exigencia de juez natural y el principio del debido proceso legal se proyectan sobre las diversas instancias procesales.⁸² La posibilidad de que las decisiones emanadas de tribunales militares puedan ser “revisadas” por autoridades civiles no resuelve el problema: es preciso que intervenga un juez competente a partir de la primera instancia.⁸³

2. Suprema Corte de Justicia

Si el Estado mexicano hubiese advertido oportuna y adecuadamente los criterios establecidos por la Corte Interamericana sobre la jurisdicción militar, criterios acuñados a lo largo de tres lustros, es probable que no hubiesen llegado al conocimiento del tribunal supranacional algunos casos que atañen directamente a nuestro país. Esto se habría evitado a través del ejercicio interno de la jurisdicción penal. No fue así. En consecuencia, el

⁷⁸ *Cfr.* Caso Ivcher Bronstein, *cit.*, párrafo 112; Caso 19 Comerciantes, *cit.*, párrafo 167; Caso Escué Zapata, *cit.*, párrafo 101, y Caso Radilla Pacheco, *cit.*, párrafo 273.

⁷⁹ *Cfr.* Caso Cantoral Benavides, *cit.*, párrafo 114; Caso Lori Berenson, *cit.*, párrafo 145, y Caso Las Palmeras, *cit.*, párrafo 53.

⁸⁰ Caso Cesti Hurtado, *cit.*, párrafos 144-151.

⁸¹ Caso Radilla Pacheco, *cit.*, párrafo 275.

⁸² *Cfr.* Caso Castillo Petruzzi y otros, *cit.*, párrafo 161, y Caso Radilla Pacheco, *cit.*, párrafo 280.

⁸³ Caso Radilla Pacheco, *cit.*, párrafo 281.

tribunal interamericano conoció y resolvió, a través de sentencias condenatorias, varios casos referentes a violación a derechos humanos a propósito del ejercicio del fuero castrense: así, Rosendo Radilla, Valentina Rosendo, Inés Fernández y Cabrera García y Montiel Flores.⁸⁴ Conviene señalar que las reiteradas resoluciones de la CorteIDH no se refieren al artículo 13 constitucional, que no ha sido cuestionado por dicho tribunal, sino al artículo 57 del Código de Justicia Militar.⁸⁵

En los casos correspondientes a México, el tribunal interamericano examinó el artículo 57, fracción II, inciso a, del Código de Justicia Militar.⁸⁶ Consideró que se trata de una disposición imprecisa, que no permite determinar adecuadamente la estricta conexión entre el servicio castrense y el delito cometido. La posibilidad de que los tribunales militares juzguen a un miembro de las fuerzas armadas sólo porque se hallaba en servicio cuando cometió el delito ordinario que se le imputa, implica que el fuero opera en virtud de que el sujeto activo es militar; esto no basta para justificar la injerencia de ese fuero.⁸⁷

Igualmente, la CorteIDH señaló, en un asunto concerniente a México, la necesidad de ejercer una detallada supervisión de la actividad de las fuerzas armadas cuando éstas intervienen en operaciones relacionadas con el control de la delincuencia.⁸⁸

Un avance relevante en la recepción interna del derecho internacional de los derechos humanos y en la reconsideración del fuero militar en México se produjo en julio de 2011, por medio de la resolución del expediente Varios 912/2010, abierto con motivo de la consulta acerca de las obligaciones

⁸⁴ *Cit. supra.*

⁸⁵ La reforma del artículo 57 del Código de Justicia Militar fue promovida, con evidentes deficiencias, en una iniciativa del Ejecutivo Federal motivada por el propósito de atender el pronunciamiento de la Corte Interamericana. Se puede consultar la iniciativa (que sólo excluye de la jurisdicción militar los casos de tortura, desaparición y violación sexual) en el sitio de la *Gaceta del Senado*, Gaceta: 161, martes 19 de octubre de 2010, en www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&id=5723&lg=61.

⁸⁶ El artículo 57 del Código de Justicia Militar sostiene que son delitos contra la disciplina militar: “II.- Los del orden común o federal, cuando en su comisión haya ocurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan: a).- Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo”.

⁸⁷ *Ibidem*, párrafo 286.

⁸⁸ Caso Cabrera García y Montiel Flores, *cit.*, párrafo 88; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), *cit.*, párrafo 78, y Caso Zambrano Vélez y otros, *cit.*, párrafo 51.

a cargo del Poder Judicial derivadas de la sentencia de la CorteIDH en el mencionado caso Radilla.⁸⁹

La SCJN sostuvo:

como el párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución federal dispone que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de acuerdo con lo que ella establece y de conformidad con los tratados internacionales de la materia y favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, deberá considerarse que el fuero militar no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles.⁹⁰

⁸⁹ Cfr., entre otros, Cossío Díaz, José Ramón, “Primeras implicaciones del caso Radilla”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, junio-diciembre 2012, pp.31-63; García Ramírez y Morales Sánchez, *La reforma constitucional..., op. cit.*, pp. 245-294, y Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El control de convencionalidad ex officio. Origen en el ámbito regional americano, obligatoriedad para los jueces mexicanos, precisión de sus alcances y retos para el Poder Judicial de la Federación*, Serie Cuadernos de Jurisprudencia, núm. 8, octubre 2012, pp. 31-36. Asimismo, cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2011 y Gutiérrez, Juan Carlos (coord.), *La sentencia del la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, CMDPDH, México, 2010.

⁹⁰ Expediente Varios 912/2010 (engrose), *cit.*, párrafo 44. En el mismo sentido se encuentra la tesis aislada aprobada a raíz de este expediente Varios: “Restricción interpretativa de fuero militar. Incompatibilidad de la actual redacción del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, con lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, a la luz de los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Derivado del cumplimiento que el Estado Mexicano debe dar a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla contra el Estado Mexicano, el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio respecto del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, ya que su actual redacción es incompatible con lo dispuesto por el artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que no es necesario modificar el contenido normativo del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero señaló que su interpretación debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en la propia Constitución y en el artículo 8.1 de la citada Convención Americana. Así, la interpretación de este precepto del Código de Justicia Militar debe ser en el sentido de que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar, porque cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el

Esta interpretación debe observarse en todos los casos que lleguen al conocimiento del más alto tribunal, funcionando en Pleno o en salas e independientemente de la vía por la que se interese la competencia de estos órganos.⁹¹

Para asegurar el cumplimiento de las nuevas orientaciones jurisprudenciales, se ordenó a los juzgados y tribunales federales que en caso de que conozcan algún asunto relacionado con ese tema, lo informen a la Suprema Corte para que ésta reasuma su competencia originaria o ejerza su facultad de atracción, por tratarse de un tema de importancia y trascendencia. Igualmente, se determinó que tanto la SCJN como el Consejo de la Judicatura Federal, auxiliados por el Instituto de la Judicatura Federal, deberán implementar a la brevedad todas las medidas necesarias para concretar estas determinaciones.⁹²

El criterio de la Suprema Corte debe permear la actuación de otros órganos del Estado mexicano, en sus ámbitos respectivos. Así, debiera determinar la tarea del legislador —mediante revisión de la normativa vigente y emisión de nuevas disposiciones— y reorientar las decisiones del ombudsman;

proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución Federal en concordancia con el artículo 20. de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante juez competente. Por todo ello, la actual redacción del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 20. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Tesis P. LXXI/2011 (9a.) [TA]; 10a. Época; Pleno; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 554.

⁹¹ Esto es, por las vías ordinarias para la resolución de asuntos, sean estos de competencia originaria de la Suprema Corte o sea necesaria su atracción, para lo cual debe considerarse este tema como de importancia y trascendencia para el ejercicio de las competencias correspondientes. *Cfr.* expediente Varios 912/2010 (engrose), *cit.*

⁹² En este sentido, la Suprema Corte precisó: "No escapa a la consideración de este Tribunal Pleno que las medidas aquí dadas relativas a los cursos de capacitación, si bien son obligatorias para todos los funcionarios señalados del Poder Judicial Federal, lo cierto es que pueden quedar abiertos al público en general que esté interesado en el conocimiento del tema, pudiendo incluso tenerse algún tipo de coordinación con los poderes judiciales locales para que sus funcionarios también sean capacitados". *Cfr. Idem.*

esto último, por ejemplo, a fin de que se encauce hacia la autoridad civil la atención de violaciones a derechos humanos en que incurran los miembros de las fuerzas armadas, atendiendo para ello a la letra y a la interpretación pertinente del artículo 13 constitucional —según la Suprema Corte de Justicia, en consonancia con la CorteIDH—, con la que no se aviene el artículo 57 del Código de Justicia Militar. No corresponde orientar hacia la jurisdicción castrense, con apoyo en este último precepto, casos de homicidio y desaparición forzada de civiles por parte de militares.⁹³

El 7 de mayo de 2012 se emitió el Acuerdo General número 6/2012 del Pleno de la SCJN.⁹⁴ En el considerando noveno se mencionó:

Con el fin de preservar el derecho a la seguridad jurídica de los justiciables establecido en los artículos 14 y 16 constitucionales, se estima conveniente acordar el aplazamiento del dictado de las sentencias en los amparos en revisión, en los amparos directos y en los conflictos competenciales del conocimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito, en los que subsista el análisis de la competencia de los tribunales que ejercen el fuero de guerra en términos del artículo 13 constitucional, para conocer de delitos cometidos por militares en contra de civiles o contra la salud.⁹⁵

En los meses de agosto y septiembre de 2012, la Suprema Corte de Justicia conoció cierto número de casos vinculados al fuero militar, turnados al más

⁹³ Véase, por ejemplo, las Recomendaciones 18/2012 y 39/2012 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

⁹⁴ “Por el que se dispone el aplazamiento de la resolución de los amparos en revisión, de los amparos directos y de los conflictos competenciales del conocimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito, en los que subsista el análisis de la competencia de los tribunales que ejercen el fuero de guerra en términos del artículo 13 constitucional, para conocer de delitos cometidos por militares en contra de civiles o contra la salud”.

⁹⁵ Los resolutivos expresaron: “Primero. En los amparos en revisión, en los amparos directos y en los conflictos competenciales del conocimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito, en los que subsista el análisis de la competencia de los tribunales que ejercen el fuero de guerra en términos del artículo 13 constitucional, para conocer de delitos cometidos por militares en contra de civiles o contra la salud, se deberá continuar el trámite hasta el estado de resolución y aplazar el dictado de ésta, hasta en tanto este alto tribunal establezca el o los criterios respectivos, y se emita el Acuerdo General Plenario que corresponda. Segundo. El aplazamiento ordenado en el punto anterior no afecta la atribución de los jueces federales, incluidos los del fuero militar, o locales, que conozcan de las causas penales respectivas, para que dentro de los plazos constitucionales y legales resuelvan sobre la situación jurídica de los inculpados o, cuando legalmente proceda, decretén auto de libertad por falta de elementos para procesar o bien sobresean en éstas”.

alto tribunal en virtud de la instrucción contenida en el expediente *Varios 912/2010*. Los asuntos ventilados en tal virtud por el Pleno de la SCJN fueron: amparos en revisión 133/2012, 134/2012, 770/2011, 60/2012, 61/2012, 62/2012, 63/2012, 217/2012, 252/2012, 224/2012, conflictos competenciales 38/2012 y 60/2012 y amparo directo 15/2012⁹⁶. Por la relevancia y actualidad que reviste la consideración jurisprudencial de este tema, que ha merecido la atención del país y definido el rumbo de la jurisprudencia sobre la materia, estimamos útil proveer un breve panorama acerca de los asuntos resueltos por el Pleno de la SCJN y los principales criterios que derivan de sus sentencias.

1. Los días 6, 7 y 9 de agosto de 2012, la Suprema Corte de Justicia examinó el conflicto competencial 38/2012 suscitado entre el Juzgado Quinto de Distrito en el Estado de Morelos y el Juzgado Quinto Militar, adscrito a la Primera Región Militar, derivado de una causa penal instruida en contra de un militar por su probable responsabilidad como encubridor de primera clase en el delito de violencia contra las personas (civiles), que causó homicidio calificado.⁹⁷ En este asunto se determinó que la competencia para conocer de los hechos recaía en la jurisdicción ordinaria federal.⁹⁸

2. En las sesiones del 13 y el 14 de agosto, la SCJN estudió el conflicto competencial 60/2012 suscitado entre el Juzgado Séptimo de Distrito en el Estado de Michoacán y el Juzgado Militar adscrito a la Quinta Región Militar, que deriva de una causa penal en contra de tres militares por su probable responsabilidad en la comisión de los delitos de falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad, en la modalidad de simulación de pruebas.⁹⁹ En este caso, el alto tribunal decidió que la competencia correspondía a la jurisdicción ordinaria.

3. El amparo en revisión 133/2012, contra actos del presidente de la República y otras autoridades, fue conocido por la SCJN los días 14, 16, 20 y 21 de agosto. Por mayoría se entendió que los familiares del sujeto que falleció se hallan legitimados para promover el juicio de amparo “porque cuando los tribunales militares conocen de delitos en contra de civiles, ejer-

⁹⁶ Algunos de estos asuntos pueden verse en http://fueromilitar.scjn.gob.mx/fm_sentencias.htm.

⁹⁷ El artículo 330 del Código de Justicia Militar prevé el delito de violencia contra las personas, en relación con los numerales 302, 315 y 320 del Código Penal Federal.

⁹⁸ Versiones taquigráficas de las fechas de discusión citadas en http://www.scjn.gob.mx/pleno/Paginas/ver_taquigraficas.aspx.

⁹⁹ *Idem*.

cen jurisdicción no solamente respecto del imputado quien necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil quien tiene el derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia, máxime que en el presente asunto no se impugna una resolución favorable al inculpado sino lo que se reclama es el conocimiento de un asunto ante la justicia militar cuando se alega que debió conocer del expediente una autoridad civil, a fin de hacer efectivo el principio de acceso a la justicia, consagrado en el artículo 17 de la Constitución federal¹⁰⁰.

En el curso de la discusión se recordó que la Corte Interamericana no apreció la necesidad de modificar el artículo 13 constitucional, pero señaló que el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana. En consecuencia, este precepto debe ser reformado dentro de un plazo razonable para asegurar su compatibilidad con los estándares internacionales de la materia y con la propia Convención. La Suprema Corte determinó que tratándose de jurisprudencia de fuente internacional, no se requiere que exista reiteración del criterio para que aquélla posea fuerza vinculante. Igualmente, se sostuvo la competencia de la autoridad judicial ordinaria federal.¹⁰¹ Además, se determinó la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a del Código de Justicia Militar¹⁰² y

¹⁰⁰ En cuanto al fondo, la autoridad responsable, presidente de los Estados Unidos Mexicanos, sostuvo que “incorrectamente, el juez de Distrito declaró inconstitucional el artículo 57, fracción I, inciso a), del Código de Justicia Militar”, ya que “la competencia para conocer de un asunto en el que un militar cometa un delito en contra de un civil, radica en los Tribunales Militares, sin que ello sea antagónico con el artículo 13 de nuestra carta magna, sino que por el contrario es armónico con tal disposición”. Sin embargo, contrario a lo anterior, el Pleno de la SCJN consideró que “si un juez militar conociera de un proceso donde la víctima u ofendido del delito fuera un civil, sería claro que estaría ejerciendo jurisdicción sobre dicho particular, en pleno desacato al artículo 13 de la Carta Magna”, por lo cual el artículo 57, fracción II, inciso a), vulnera lo dispuesto por el artículo 13 de la carta magna. Para ver el engrose y las votaciones que se obtuvieron en este asunto, *cfr.* [http://www2.scjn.gob.mx/4suntosRelevantesPub.aspx?ID=136182&SeguimientoID=478](http://www2.scjn.gob.mx/4suntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=136182&SeguimientoID=478). *Cfr.* también las versiones taquigráficas de las fechas de discusión citadas en http://www.scjn.gob.mx/pleno/Paginas/ver_taquigraficas.aspx.

¹⁰¹ Versiones taquigráficas de las sesiones de discusión citadas en http://www.scjn.gob.mx/pleno/Paginas/ver_taquigraficas.aspx.

¹⁰² Esta decisión se adoptó por mayoría de 8 votos a favor y dos en contra (un ministro ausente).

se estimó que ninguna autoridad debería aplicar en casos futuros el artículo 57 del Código de Justicia Militar en perjuicio de los familiares de las víctimas (quejosos).

4. Los días 27, 28 y 30 de agosto, el alto tribunal conoció del amparo en revisión 134/2012 promovido en contra de actos del juez militar adscrito a la Tercera Región Militar, con residencia en Mazatlán, Sinaloa, que juzgó a una mujer militar por la presunta comisión de delitos en agravio de menores de edad.¹⁰³ La SCJN determinó que el artículo 57, fracción II, inciso a, del Código de Justicia Militar es inconvenencial porque viola los artículos 2 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁰⁴ Además, reiteró que la competencia por razón de fuero para conocer y sancionar los delitos cometidos por militares, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, en perjuicio de civiles, corresponde a la jurisdicción penal ordinaria (o civil) y a la jurisdicción penal federal (no al fuero común).¹⁰⁵

En relación con los efectos del amparo, el engrose precisa que:

con motivo de la sentencia de amparo que declara inconstitucional un auto de formal prisión dictado por un juez militar por falta de competencia por razón de fuero, el juzgador competente debe resolver sobre la situación jurídica de los indiciados en el plazo indicado en el artículo 19 constitucional, computando a partir de la fecha en que reciba el expediente respectivo con motivo de la sentencia que ampara, sin que ello implique desconocer el referido plazo constitucional ya que ante el vicio de incompetencia advertido en el dictado inicialmente por la autoridad incompetente, tomando en cuenta los derechos fundamentales que asisten a las víctimas y el interés público que subyace a la sanción de las conductas delictivas, no existe obstáculo constitucional para el juzgador competente resuelva lo conducente, en cumplimiento

¹⁰³ Versiones taquigráficas de las sesiones de discusión citadas en http://www.scjn.gob.mx/pleno/Paginas/ver_taquigraficas.aspx.

¹⁰⁴ En el engrose de este asunto se afirmó: “La inconvenencialidad de una norma de derecho interno, no es necesario reflejarla en los puntos resolutivos, pues el pronunciamiento de inconvenencialidad sólo trasciende al acto de aplicación, pues tal control no puede llegar más allá de la inaplicación de la norma interna en el caso específico. En efecto, el acto reclamado no lo es la ley, sino el acto en el que se aplica la norma interna cuya inconvenencialidad se demanda, por ello resulta innecesario llamar a juicio a las autoridades emisoras de la norma, pues no habrá una declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, sino sólo una inaplicación de ésta en el acto reclamado; esto es, la inaplicación de la norma cuya inconvenencialidad se declara sólo trasciende a una inconstitucionalidad indirecta del acto reclamado”. Cfr. http://fueromilitar.scjn.gob.mx/fm_sentencias.htm.

¹⁰⁵ Cfr. http://fueromilitar.scjn.gob.mx/fm_sentencias.htm.

del fallo protector y en el propio plazo constitucional, emitiendo un nuevo auto de término constitucional.¹⁰⁶

5. El amparo en revisión 770/2011 fue promovido en contra de actos del juez militar adscrito a la Tercera Región Militar. La SCJN se pronunció sobre este asunto el día 3 de septiembre. Los quejoso fueron acusados de haber cometido, entre otros ilícitos, el delito de violencia contra las personas causando homicidio calificado y tortura.¹⁰⁷

En el engrose de este amparo se determinó que las conductas cometidas por militares que puedan vulnerar derechos humanos de civiles, no quedan en el ámbito de la competencia de la jurisdicción militar, ya que en ese supuesto se ejercería jurisdicción respecto del imputado e incluso sobre una víctima civil, que tiene derecho a participar en el procedimiento penal no sólo para efectos de la reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia.

En ese orden,

tomando en cuenta la naturaleza de los delitos; los bienes jurídicos lesionados; que éstos fueron cometidos por quienes ostentaban la calidad de militares en activo y que no se afectaron los bienes jurídicos de la esfera castrense; es de convenirse que la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos de los civiles víctimas de tales ilícitos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde a los tribunales ordinarios; habida cuenta que las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares, tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente.¹⁰⁸

Se dispuso que el juez penal federal es la autoridad competente para conocer de los delitos cometidos por un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, por lo que los autos de formal prisión —que constituyen el acto reclamado en los amparos indirectos de los que deriva este asunto—, fueron dictados por autoridad incompetente.

6. En la sesión del 3 de septiembre se conocieron los amparos en revisión 60/2012, 61/2012, 62/2012 y 63/2012, que derivan de la misma causa pe-

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ Versiones taquigráficas de las sesiones de discusión citadas en http://www.scjn.gob.mx/pleno/Paginas/ver_taquigraficas.aspx.

¹⁰⁸ Cfr. El engrose puede verse en http://fueromilitar.scjn.gob.mx/fm_sentencias.htm.

nal.¹⁰⁹ En el engrose del primer amparo referido se precisó que “sin entrar al análisis de los agravios planteados por los recurrentes, es conducente revocar la sentencia recurrida que negó la protección constitucional a los quejosos, toda vez que (...) los autos de formal prisión que constituyen el acto reclamado en los amparos indirectos de los que deriva este asunto, fueron dictados por autoridad incompetente”,¹¹⁰ es decir, la correspondiente al ámbito militar.

En el amparo en revisión 63/2012 se reiteró, entre otras cosas, el criterio de la Suprema Corte por el que:

a) el artículo 57, fracción ii, inciso a, del Código de Justicia Militar es inconveniente; b) la competencia por razón de fuero para conocer y sancionar los delitos cometidos por militares, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, en perjuicio de civiles, corresponde a la jurisdicción penal federal, y c) la sentencia que concede el amparo en contra del auto de formal prisión cuando el juez responsable es incompetente por razón de fuero no tiene por efecto que el indiciado recupere su libertad.¹¹¹

7. La SCJN se pronunció el 4 y el 6 de septiembre sobre el amparo en revisión 217/2012¹¹² promovido contra el auto de formal prisión dictado por el Juez Primero de Primera Instancia del Ramo Penal con residencia en la Paz, Baja California Sur.¹¹³

El ministro ponente sostuvo que en este caso “el sujeto activo ostentaba un cargo militar y que los sujetos pasivos del delito por el que se le acusa,

¹⁰⁹ *Cfr.* Versión taquigráfica de la sesión de discusión citada en http://www.scjn.gob.mx/pleno/Paginas/ver_taquigraficas.aspx.

¹¹⁰ *Cfr.* Los engroses de los amparos en revisión 60, 61 y 63 de 2012 pueden verse en http://fueromilitar.scjn.gob.mx/fm_sentencias.htm.

¹¹¹ http://fueromilitar.scjn.gob.mx/fm_sentencias.htm.

¹¹² *Cfr.* Versión taquigráfica del 4 de septiembre del año referido.

¹¹³ “El inculpado promovió amparo indirecto del cual conoció el juez Tercero de Distrito en el Estado de Baja California Sur, quien dictó resolución el catorce de abril de dos mil once, en el sentido de amparar al quejoso porque se consideró que el juez Primero de Primera Instancia del Ramo Penal, es legalmente incompetente para conocer del asunto y que quien debe conocer de éste, es un tribunal militar. Inconforme con la sentencia anterior, el quejoso interpuso el recurso de revisión, del que correspondió conocer al Tribunal Colegiado del Vigésimo Sexto Circuito, que emitió dictamen el quince de febrero de dos mil doce, en el sentido de solicitar a este Alto Tribunal, el ejercicio de la facultad de atracción en el asunto, razón por la cual se encuentra ante nuestra autoridad”. Versión taquigráfica del 4 de septiembre del año referido.

tienen esa misma calidad de militares y no de civiles, lo que determina la falta de aplicación de la restricción del fuero militar”.¹¹⁴ La propuesta fue rechazada por la mayoría de los integrantes del Pleno.

El 6 de septiembre se analizó el fuero ordinario aplicable al conocimiento de este ámbito. Por mayoría de seis votos, se determinó que correspondía al fuero común.¹¹⁵

En el engrose respectivo se sostuvo que “dada la señalada inconveniencia del artículo 57, fracción II, inciso a, del Código de Justicia Militar, éste debe inaplicarse al caso, dándose preferencia aplicativa a los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la sentencia de veintitrés de noviembre de dos mil nueve, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Radilla Pacheco vs. México*, con base en los cuales no cabe considerar competencia jurisdiccional alguna a algún juez militar”¹¹⁶.

Lo anterior es así, aunque en este caso

las víctimas de los ilícitos penales de que se trata *hayan ostentado también la calidad de militares y no propiamente de civiles, porque estas condiciones no son las que determinan la restricción interpretativa del fuero militar; sino que, como ya se estableció, para ello debe tomarse en consideración la calidad de militar del sujeto activo, además de las circunstancias relativas a que dichos ilícitos no guardan relación alguna con la disciplina militar, ni afectaron bienes jurídicos propios de la esfera castrense, sino que se trata de delitos del fuero común* (énfasis propio).

¹¹⁴ http://fueromilitar.scjn.gob.mx/fm_sentencias.htm.

¹¹⁵ Cfr. Versión estenográfica del 6 de septiembre de 2012, http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/06092012POsn.pdf.

¹¹⁶ La conclusión anterior se corrobora según la SCJN, si se toma en cuenta “la naturaleza de los delitos de que se trata (homicidio con premeditación, alevosía y traición, y robo a casa habitación en autoría); los bienes jurídicos lesionados, que no guardan relación alguna con aspectos vinculados a la disciplina castrense; que dichos delitos fueron cometidos por quien ostentaba la calidad de militar en activo, y que no se afectaron los bienes jurídicos propios de la esfera castrense; por lo que es de concluirse que la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para juzgar y sancionar a un presunto autor de violaciones a derechos humanos como consecuencia de tales ilícitos, sino que el procesamiento del responsable corresponde a un tribunal ordinario; habida cuenta que las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente”. Engrose del amparo en revisión 217/2012.

8. Los días 10 y 11 de septiembre, la SCJN conoció del amparo en revisión 252/2012 promovido contra el Juzgado Tercero de lo Penal del Primer Distrito Judicial del Estado de Nuevo León.¹¹⁷

En este caso se reiteró el criterio que la competencia por razón de fuero para conocer y sancionar los delitos cometidos por militares, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, en perjuicio de civiles, corresponde a los tribunales comunes (interpretación del artículo 13 constitucional) y que la competencia por razón de fuero para conocer de la causa penal seguida a un militar, por el delito contra la administración y procuración de justicia previsto y sancionado en el artículo 224 del Código Penal de dicha entidad, corresponde a un juez de distrito.¹¹⁸

9. El 10 de septiembre inició la discusión del amparo en revisión 224/2012, promovido contra el juez militar adscrito a la Tercera Región Militar.¹¹⁹ Se sostuvo que en este caso

no concurrió ninguna persona del orden civil, que hubiera sufrido algún daño en alguno de sus derechos humanos, que han de ser tutelados por el Estado; entonces, es claro que no se puede hablar propiamente de la violación a derechos humanos de civiles, pues, tratándose de este tipo de procedimientos, en los que conoce un tribunal militar, es indispensable que estén involucrados este tipo de personas para que se pueda hablar de la transgresión de sus derechos humanos.¹²⁰

En el caso sujeto a estudio no era pertinente restringir la intervención del fuero militar porque no se encontraban involucrados civiles ni se comprometían los derechos humanos de éstos. La competencia del fuero militar fue establecida por mayoría de seis votos.

10. El 13 de septiembre de 2012 se conoció el amparo directo 15/2012, promovido en contra del Supremo Tribunal Militar, con motivo de la sentencia del 21 de febrero de 2011 dictada en el Toca Penal 53/2010.¹²¹ Se

¹¹⁷ Cfr. Versiones taquigráficas de las sesiones de discusión citadas en http://www.scjn.gob.mx/pleno/Paginas/ver_taquograficas.aspx.

¹¹⁸ http://fueromilitar.scjn.gob.mx/fm_sentencias_2.htm.

¹¹⁹ El quejoso militar, tuvo a cargo operaciones de erradicación de enervantes e informó haber destruido los plantíos encomendados, sin que ello hubiera sucedido en su totalidad.

¹²⁰ http://fueromilitar.scjn.gob.mx/fm_sentencias_2.htm.

¹²¹ Cfr. Versión taquigráfica de la sesión de discusión citada en http://www.scjn.gob.mx/pleno/Paginas/ver_taquograficas.aspx.

entendió que el artículo 57, fracción II, inciso a, del Código de Justicia Militar, contraviene lo dispuesto por el artículo 13 constitucional. Y se reiteró que “el fuero militar bajo ninguna circunstancia puede operar para juzgar a elementos de las fuerzas armadas por la comisión de delitos o faltas relacionadas con situaciones que vulneren derechos humanos de personas civiles”.¹²² Al término de la correspondiente sesión, el ministro presidente señaló que a partir de ese momento, los asuntos que se presentaran en relación con el tema examinado y resuelto serían turnados a la Primera Sala.¹²³

En consonancia con lo anterior, y a raíz de la resolución de los asuntos reseñados, el 12 de noviembre de 2012 se emitió el Acuerdo General 10/2012 del Pleno de la SCJN.¹²⁴ En los puntos primero y segundo de dicho acuerdo se dispuso lo siguiente:

Primero. Se levanta el aplazamiento dispuesto en el Acuerdo General Plenario 6/2012, de siete de mayo de dos mil doce, del dictado de la sentencia en los amparos en revisión, en los amparos directos y en los conflictos competenciales del conocimiento de los tribunales colegiados de circuito, en los que subsista el análisis de la competencia de los tribunales que ejercen el fuero de guerra en términos del artículo 13 constitucional, para conocer de delitos cometidos por militares en contra de civiles o contra la salud.

Segundo. Los asuntos a que se refiere el Punto anterior pendientes de resolución en los Tribunales Colegiados de Circuito, deberán ser resueltos por éstos aplicando los criterios derivados de lo determinado por el Tribunal Pleno al resolver los diversos asuntos señalados en el Considerando Segundo del presente instrumento normativo —conflictos competenciales 38/2012 y 60/2012, así como los amparos en revisión 133/2012, 134/2012, 770/2011, 60/2012, 61/2012, 62/2012, 63/2012, 217/2012, 252/2012, 224/2012, y el amparo directo 15/2012—, tomando en cuenta el principio

¹²² http://fueromilitar.scjn.gob.mx/fm_sentencias_2.htm.

¹²³ Versión estenográfica de la sesión del 13 de septiembre de 2012, http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/13092012POsn.pdf.

¹²⁴ “Por el que se levanta el aplazamiento de la resolución de los amparos en revisión, de los amparos directos y de los conflictos competenciales del conocimiento de los tribunales colegiados de circuito, en los que subsista el análisis de la competencia de los tribunales que ejercen el fuero de guerra en términos del artículo 13 constitucional, para conocer de delitos cometidos por militares en contra de civiles o contra la salud; relacionado con el diverso 6/2012, de siete de mayo de dos mil doce.” Este Acuerdo puede verse en: [http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Acuerdos%20Generales%20Plenarios/Acuerdo%20General%20Plenario%202010-2012%20\(Fuero%20militar\).pdf](http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Acuerdos%20Generales%20Plenarios/Acuerdo%20General%20Plenario%202010-2012%20(Fuero%20militar).pdf).

establecido en el punto vigésimo primero del Acuerdo General Plenario 5/2001, de veintiuno de junio de dos mil uno.

Hasta la fecha de cierre de este trabajo —diciembre 2012—, no existe un pronunciamiento claro y definido de la SCJN sobre violaciones a derechos humanos perpetradas por miembros de las fuerzas armadas en contra de integrantes de éstas.

La SCJN aludió circunstancialmente a esta cuestión durante las deliberaciones de agosto y septiembre de 2012, particularmente en el amparo en revisión 217/2012.

En relación con este asunto, se sostuvo que el tema principal “consist(ía) en determinar si ¿Aplica la restricción al fuero militar cuando el sujeto activo (sujeto que presuntamente cometió los delitos) y los sujetos pasivos (víctimas de los delitos) son militares?”. Dicha pregunta se contesta afirmando que “el Pleno concluyó partiendo de diversas argumentaciones del tema, que aun cuando el sujeto activo y pasivo sean militares, no necesariamente se actualiza el fuero militar”.¹²⁵

Sin embargo, la línea de argumentación principal de la SCJN sigue considerando que las violaciones a derechos humanos *de civiles* deben ser conocidas por la jurisdicción ordinaria o civil.¹²⁶ No se cuenta con una directriz clara acerca de las violaciones a derechos humanos en contra de militares.¹²⁷

¹²⁵ Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=137593&SeguimientoID=483>.

¹²⁶ Así se confirma con la tesis aislada derivada precisamente del expediente Varios 912/2010 que sostiene “la interpretación de este precepto (artículo 57) del Código de Justicia Militar debe ser en el sentido de que *frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles*, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar, porque cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de *violaciones a derechos humanos en contra de civiles*, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil” (énfasis propio). [TA]; Décima Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 554. P. LXXI/2011 (9a.).

¹²⁷ A pesar de lo que la SCJN sostuvo en el amparo en revisión 217/2012, en el amparo en revisión 224/2012 —asunto fallado días después— se recordó que la SCJN, al resolver el expediente Varios 912/2010, concluyó que “el fuero militar no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles. De esta manera, en el expediente Varios 912/2010 referido este Pleno estableció como condiciones para restringir la competencia del fuero militar las siguientes: a) Que los asuntos

Se entiende que la Suprema Corte sólo debía pronunciarse sobre los casos concretos sometidos a su consideración. Subsiste, pues, la necesidad de reflexión y decisión en torno al fuero competente para conocer las violaciones a derechos humanos en los supuestos mencionados en este apartado. Una interpretación amplia de las decisiones de la Corte Interamericana podría llevar a la conclusión de que el conocimiento de todas las violaciones a derechos humanos compete a la jurisdicción ordinaria, independientemente de la calidad de la víctima y del victimario.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha documentado casos de violaciones cometidas por militares en agravio de militares. Así se observa, por ejemplo, en la Recomendación 91/2011 —emitida el 19 de diciembre de 2011— sobre la tortura de dos militares por agentes de la Policía Judicial Militar en Chihuahua y denegación de justicia.

III. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. *Jurisprudencia interamericana*

Como hemos manifestado, la jurisprudencia interamericana caló profundamente en recientes decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a su vez determinaron un nuevo rumbo de la jurisprudencia interna. En efecto, los criterios establecidos en el examen y la decisión del expediente Varios 912/2010 fueron más allá de la consulta planteada, si nos atenemos a sus términos estrictos, y avanzaron en la definición de cuestiones concernientes a la recepción nacional del DIDH, en lo que concierne a disposiciones estatutarias y a la interpretación jurisprudencial de éstas. Estos extremos deberán suscitar un cuidadoso examen a cargo de las autoridades legislativas, así como de los juzgadores y los estudiosos de la materia.

Entre esas cuestiones figuran dos temas que destacan por sus conexiones con la función de la justicia mexicana como baluarte del Estado de dere-

correspondientes se encuentren involucrados militares y civiles; b) Que esté comprometido el respeto de los derechos humanos de los civiles involucrados. De lo anterior se sigue que la ausencia de alguno o de ambos requisitos antes mencionados dará pie a que no se restrinja el fuero militar; es decir, en el supuesto de que no se colmen una o la totalidad de estas circunstancias, el tribunal militar tendrá competencia plena para conocer de alguna causa penal concreta, dado que la concurrencia de esos dos supuestos es indispensable para que el fuero militar carezca de competencia para conocer y decidir algún asunto criminal". Véase el engrose en http://fueromilitar.scjn.gob.mx/fm_sentencias_2.htm.

cho mediante la observancia primordial de la Constitución y los tratados internacionales y la consecuente protección de los derechos humanos. Se trata, por cierto, de una encomienda mayor que recaerá —y está recayendo— en los tribunales de la República, tanto ordinarios como federales, en sus ámbitos respectivos. Nos referimos al control de constitucionalidad y al control de convencionalidad,¹²⁸ sobre todo este último, puesto que la materia del presente artículo es la recepción nacional del Derecho internacional (convencional) de los derechos humanos. Para examinar brevemente esta cuestión abordaremos, en primer término, el origen y las características del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la CorteIDH.

La noción del control de convencionalidad proviene de la jurisprudencia interamericana. Fue planteada reiteradamente mediante los votos particu-

¹²⁸ En la bibliografía mexicana sobre el tema, *cfr.* García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional..., op. cit.*; García Ramírez y Toro, Mauricio del, *México ante la Corte..., op. cit.*; García Ramírez, *Control judicial interno de convencionalidad*, documento de trabajo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011, Igualmente, ha sido publicado en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S. C. 2012, pp. 211 y ss.; en la *Revista Perspectivas en Derechos Humanos. Revista Especializada en Derechos Humanos*, Poder Judicial de Oaxaca, diciembre de 2012, pp. 43 y ss. y en *Revista Podium Notarial. Revista del Colegio de Notarios del Estado de Jalisco*, núm. 39, diciembre de 2011; reproducido y ampliado en *Control judicial de convencionalidad*, México, Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, 2012, ts. I y II en la serie *Monografías* que edita el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Aguascalientes, 2012, dos vols. (nos. 50 y 51 de la serie) (el vol. II presenta los votos particulares del autor relacionados con el control de convencionalidad que se citan en este trabajo, así como los párrafos referentes a esta materia en diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hasta el año 2012). Para una revisión más amplia de la materia, *cfr.*, además de la obra citada coordinada por Ferrer MacGregor, la obra colectiva *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, EDIAR, 2008, que ofrece varios artículos de distintos autores sobre esta materia; igualmente, *cfr.* Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, *La Ley* (Buenos Aires), 27 de julio de 2009; Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad..., op. cit.*; Vergottini, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. Pedro J. Tenorio Sánchez, Pamplona, Cuadernos Civitas, Thompson Reuters, 2010, pp. 111 y ss.; Sagües, Néstor Pedro, “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune interamericano*”, *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, Max Planck Institut, 2010, t. II, pp. 449 y ss.

lares de uno de los autores de este trabajo,¹²⁹ y finalmente desembocó en el criterio sostenido por la propia CorteIDH en el *Caso Almonacid Arellano*,¹³⁰ al que siguieron muchos otros.¹³¹

Se sustenta en la necesidad de valorar los actos de la autoridad interna a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, expresado en

¹²⁹ García Ramírez afirmó que “para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de forma integral, la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas (en forma íntegra) como un todo”; de ahí que todos los órganos del Estado deban atenerse a los criterios sustentados por el tribunal internacional a propósito de la Convención; bajo ésta, interpretada por su propia instancia judicial, se realiza el control externo de convencionalidad. *Cfr. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del la Corte en el Caso Myrna Mack Chang, cit.*, párrafo 27, <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Posteriormente el mismo juez observó que “en la lógica del sistema —y en las aspiraciones institucionales de la Corte Interamericana, como elemento de éste— reside la idea de que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el derecho interno —que son el puente entre el sistema internacional y el nacional—, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional”. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del la Corte en el *Caso Tibi*, sentencia del 7 de septiembre de 2004, párrafos 3-6.

¹³⁰ En este caso se dijo que cuando “un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. *Caso Almonacid Arellano y otros, cit.*, párrafo 124.

¹³¹ *Cfr. Caso Trabajadores Cesados del Congreso*, sentencia del 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 128; Caso La Cantuta, *cit.*, párrafo 173; Caso Boyce y otros, sentencia del 20 de noviembre de 2007, párrafo 78; Caso Heliodoro Portugal, sentencia del 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 180; Caso Radilla Pacheco, *cit.*, párrafo 339; Caso Fernández Ortega, *cit.*, párrafo 236; Caso Rosendo Cantú, *cit.*, párrafo 219; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, sentencia del 1o. de septiembre de 2010, párrafo 202; Caso Cabrera García y Montiel Flores, *cit.*, párrafo 225; Caso Gelman, sentencia del 24 de febrero de 2011, párrafo 193; Caso Chocron, sentencia del 1o. de julio de 2011, párrafo 164; Caso López Mendoza, sentencia del 1o. de septiembre de 2011, párrafo 226; Caso Fonteveccchia y D’Amico, *cit.*, párrafo 93; Caso Atala Riff y niñas, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 282.

tratados o convenciones. Equivale, en su propio ámbito, al control de constitucionalidad que ejercen los tribunales de esta especialidad (o bien, todos los tribunales, en supuestos de control difuso) cuando aprecian un acto desde la perspectiva de su conformidad o incompatibilidad con las normas constitucionales internas. Se ha dicho que el control de convencionalidad es un análisis de confrontación normativa;¹³² una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente.¹³³ Esta cuestión puede ser analizada desde una doble perspectiva: como control judicial por una instancia externa o supranacional y como control judicial interno, es decir, a cargo de instancias nacionales con atribuciones jurisdiccionales.

Para Ferrer Mac-Gregor,

el control difuso de convencionalidad consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹³⁴

Según García Morelos,

el control de convencionalidad es un poder jurídico que tienen a su alcance los tribunales internacionales y los nacionales, para realizar un examen o una confrontación normativa contra actos u omisiones de alguna autoridad o de particulares ante normas internacionales relacionadas con los derechos humanos.¹³⁵

Uno de los autores de este trabajo ha señalado que si bien el proceso lógico de confrontación entre normas nacionales e internacionales no corre sólo a cargo de las autoridades jurisdiccionales, en el ámbito que ahora nos interesa el control de convencionalidad compete a éstas, que revisan el comportamiento de otras autoridades en los términos de su adecuación a

¹³² Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad...*, op. cit., p. 46.

¹³³ Albanese, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad...*, op. cit., p. 15.

¹³⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>, p. 176.

¹³⁵ De este autor, cf. *El control difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México, UBIJUS, 2010.

las normas de los tratados y convenciones cuya observancia es obligatoria para el Estado y se pronuncia al respecto.

El control propio, original o extremo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, y el control interno se actualiza a través de la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales (...) para verificar la congruencia entre actos internos y disposiciones del derecho internacional.¹³⁶

El control se practica a partir de dos puntos de referencia: los textos convencionales y la jurisprudencia que los interpreta y aplica, producida por la Corte Interamericana. La obligación judicial de control que se atribuye a los órganos judiciales internos deriva de la obligación de observancia del tratado internacional —respeto y garantía de los derechos humanos— que gravita sobre el Estado en su conjunto, del que forman parte los órganos de la jurisdicción interna.¹³⁷

En el desarrollo de esta doctrina jurisprudencial, la CorteIDH estableció y afirmó algunos elementos que deben ser tomados en cuenta por legisladores y juzgadores, en la medida en que se pretenda aplicar aquélla conforme a los datos que la inspiran y sustentan. En éstos concurren las exigencias de la tutela de los derechos humanos y los requerimientos del Estado de derecho, entre ellos la observancia del principio de legalidad en el desempeño judicial. El tribunal interamericano ha expuesto los rasgos del control de convencionalidad en los siguientes términos, que transcribimos literalmente:

En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos *están sujetos al imperio de la ley* y, por ello, *están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico*. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo

¹³⁶ García Ramírez, Sergio, *Control judicial de convencionalidad*, op. cit., t. I, pp. 6-8.

¹³⁷ *Idem*. Se ha dicho que el control de convencionalidad constituye a los jueces nacionales en jueces interamericanos. Esto trae consigo una especie de “desdoblamiento funcional”, para utilizar el concepto que sobre la materia sugiere Georges Sulle. *Cfr.* las referencias a este punto de vista que adelantan Antonio Cassese y Yuval Shany, citados en García Ramírez y Del Toro Huerta, *Méjico ante la Corte Interamericana...*, op. cit., p. 218.

que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial *debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.* En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (énfasis agregado).¹³⁸

Asimismo, el tribunal interamericano hizo notar que esa función de control “no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.¹³⁹ De este modo, la CorteIDH reconoce que la jurisdicción interna no puede ignorar tales presupuestos de admisibilidad y procedencia.

En suma, es posible resumir la doctrina del control de convencionalidad, según su formulación en la jurisprudencia interamericana original y su desarrollo actual, en los siguientes términos:

- a) Control judicial de convencionalidad para establecer la conformidad entre la norma nacional (no hay salvedad sobre el carácter de la norma interna: legal o reglamentaria) y la internacional;
- b) Control propio, original o externo de convencionalidad a cargo del tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales. En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se trata de examinar casos de los que aquélla conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material.
- c) Control a cargo de los órganos judiciales internos (o bien, más extensamente, jurisdiccionales, aun cuando la expresión original de la Corte Interamericana parece limitativa: órganos del Poder Judicial), no de los administrativos, que también deben observar la normativa internacional

¹³⁸ Caso Radilla Pacheco, *cit.*, párrafo 339.

¹³⁹ Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros), *cit.*, párrafo 128.

de derechos humanos, pero esa observancia posee otra fuente (artículo 1o. constitucional), diferente del control judicial de convencionalidad;

En sentencias de la etapa más reciente, la Corte Interamericana se ha referido al control de convencionalidad como función de “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”,¹⁴⁰ expresión que parece extender considerablemente el ámbito subjetivo de esa función. Será necesario reflexionar sobre la pertinente interpretación de tan amplio señalamiento —que suscita dudas—, en forma que permita la buena operación del control.

d) Control sujeto a los criterios del tribunal supranacional a cargo de la interpretación y aplicación del tratado rector del control, salvo —obviamente— cuando no existan esos criterios (en este caso, el tribunal interno emprenderá su propia interpretación del tratado).

Cuando el tribunal nacional despliega el control de convencionalidad en ausencia de definiciones supranacionales, las decisiones de aquél no tienen alcance *erga omnes*. Es decir, puede fijar criterios provisionales, *inter partes*, condicionados a control nacional inmediato (a través de un régimen de “cuestiones de inconvencialidad”, que constituye una alternativa atendible, entre otras, como adelante veremos) e invariabilmente sujetos a definiciones supranacionales. En todo caso, el control de convencionalidad realizado en el ámbito interno, queda siempre sujeto a la posibilidad de verificación por parte de la Corte Interamericana.

e) Control favorable a la mayor protección del individuo. Los tribunales nacionales pueden adoptar interpretaciones más favorables a la protección del individuo que las establecidas por el órgano supranacional, lo cual constituiría una ampliación en el espacio de los derechos y las libertades, con sentido *pro homine*. Se entiende que los tribunales que así procedan estarían interpretando precisamente las normas que deben aplicar.

¹⁴⁰ *Cfr.* Caso Cabrera García y Montiel Flores, *cit.*, párrafo 225; Caso Gelman, sentencia del 24 de febrero de 2011, párrafo 193; Caso Chocron, sentencia del 1o. de julio de 2011, párrafo 164; Caso López Mendoza, sentencia del 1o. de septiembre de 2011, párrafo 226; Caso Fontevecchia y D’Amico, *cit.*, párrafo 93; Caso Atala Riffo y niñas, *cit.*, párrafo 282. Anteriormente, se hablaba del “Poder Judicial”, “órganos del Poder Judicial”, “jueces” o “juzgador”, *cfr.* Caso Almonacid Arellano y otros, *cit.*, párrafo 124; Caso Trabajadores Cesados del Congreso, *cit.*, párrafo 128; Caso La Cantuta, *cit.*, párrafo 173; Caso Boyce y otros, sentencia del 20 de noviembre de 2007, párrafo 78; Caso Heliodoro Portugal, *cit.*, párrafo 180; Caso Radilla Pacheco, *cit.*, párrafo 339; Caso Fernández Ortega, *cit.*, párrafo 236; Caso Rosendo Cantú, *cit.*, párrafo 219, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, sentencia del 1o. de septiembre de 2010, párrafo 202.

Las interpretaciones del tribunal interamericano pueden verse superadas por actos —instrumentos internacionales, disposiciones nacionales, actos de la jurisdicción interna— que reconozcan a los individuos mayores o mejores derechos y libertades. El derecho internacional de los derechos humanos es el “piso” de los derechos, no el “techo”. Esta conclusión, que deriva inmediatamente del principio *pro homine*, tiene soporte en las normas de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana.

f) Control ejercido de oficio, *motu proprio* por el órgano que cumpla esta función, sin necesidad de requerimiento o instancia de una parte procesal, lo cual pone en movimiento, asimismo, el principio *jura novit curia* y la suplencia de la queja (ausencia o deficiencia);

g) Control ejercido en los términos de la competencia del órgano que pretende realizarlo (y que debe estar facultado, en consecuencia, para esta misión: principio de legalidad en cuanto a las atribuciones específicas del juzgador);

h) Control cumplido conforme a un procedimiento regulado (que debe hallarse previsto, para ese efecto, en la ley: principio de legalidad a propósito del procedimiento)¹⁴¹. En este mismo ámbito de legalidad procesal, es preciso atender los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de las acciones conducentes al ejercicio del control.

i) Control sujeto a lineamientos que le confieran congruencia con la interpretación general admisible en el examen de las cuestiones que llegan a su conocimiento, y que favorezcan la paulatina adopción de un *jus commune*.

Uno de los autores de este artículo señaló —en su voto para el caso Trabajadores Cesados del Congreso— que el control de convencionalidad, “de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener —como ha sucedido en algunos países— carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos”.¹⁴²

La adopción del sistema de control difuso “permitiría trazar un sistema de control extenso —vertical y general— en materia de juridicidad de los actos de autoridades —por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos—, sin perjuicio de que la

¹⁴¹ Cfr. García Ramírez, Sergio, *Control judicial de convencionalidad*, op. cit., t. II, p. 65.

¹⁴² Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párrafo 12.

fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del *corpus juris regional*”.¹⁴³

También cabe plantear la organización del control mediante un régimen procesal de consultas sobre las disposiciones que se pretende aplicar, sobre todo en un medio donde hay “costumbre de control concentrado”¹⁴⁴ y escaso manejo del derecho internacional. Este régimen pudiera asemejarse al de las cuestiones de inconstitucionalidad¹⁴⁵ previstas en otros ordenamientos. Implica llevar a un órgano superior de interpretación el planteamiento sobre la convencionalidad de una norma y seguir el pronunciamiento que emita ese órgano. Es obvio que esto milita a favor del *ius commune*, primero nacional, luego internacional, sobre todo si el órgano superior de definición es el tribunal interno de más alto rango.¹⁴⁶

La jurisprudencia interamericana no se ha pronunciado a favor de cierto modelo de control de constitucionalidad, concentrado o difuso, aunque se inclina hacia el segundo. La decisión compete a cada país, que debiera adoptarla tomando en cuenta sus propias circunstancias y la mejor protección de los derechos humanos, como han sugerido, con razón, algunos analistas de la materia.¹⁴⁷ Ahora bien, reiteramos que más allá de ciertas cuestiones doctrinales y conceptuales, lo verdaderamente relevante es asegurar a los potenciales justiciables que los tribunales aplicarán las mismas normas y criterios y que la resolución no quedará al arbitrio de un juez, es decir, que la decisión de una controversia será la misma independientemente de quién

¹⁴³ García Ramírez, voto razonado en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso, párrafos 12-13 y *Control judicial de convencionalidad*, *op. cit.*, t. I, p. 51.

¹⁴⁴ García Ramírez y Morales Sánchez, *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, pp. 262-270 y 283-294.

¹⁴⁵ Para profundizar al respecto *cfr.* Corzo Sosa, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

¹⁴⁶ García Ramírez, *Control judicial de convencionalidad*, *op. cit.*, t. I, p. 53.

¹⁴⁷ Sobre esta materia, *cfr.* las opiniones de Sagüés, “El control de convencionalidad...”, *La justicia constitucional...*, *op. cit.*, pp. 672 y ss., y Serna de la Garza, *Impacto e implicaciones de la globalización...*, *op. cit.*, pp. 281 y ss. Giuseppe de Vegottini afirma enfáticamente: “es sin duda cierto que el mecanismo de la cuestión prejudicial, dada su naturaleza de expediente preventivo, resulta el instrumento más idóneo para asegurar la posibilidad de diálogo entre tribunales estatales y tribunales internacionales”. *Más allá del diálogo...*, *op. cit.*, p. 107.

sea el juzgador llamado a conocer, en tanto todos entienden y aplican el derecho interno a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, no omitiremos mencionar que existen algunas reticencias con respecto al control de convencionalidad que provienen de la deficiente recepción del orden internacional en el ámbito interno —político, legislativo, jurisdiccional o administrativo—; además, se ha dicho que la misma Corte Interamericana “se encuentra confundida respecto a la manera en la cual se debe llevar a cabo el control de convencionalidad que busca (...) ante esta confusión, de lo que implica en realidad el control de convencionalidad en la propia Corte Interamericana, no queremos imaginar las multiplicación de visiones respecto a la forma en que éste se debe llevar a cabo y, por ello, creemos que se debe dar una guía de elementos o herramientas para desarrollarlo de la manera más adecuada y respetando los elementos mínimos que a su vez den uniformidad en la protección de los derechos humanos”.¹⁴⁸

En ocasiones se ha señalado que una facultad genérica de control de convencionalidad en manos de los jueces nacionales genera el peligro de fragmentación jurisprudencial, a partir del abuso en el ejercicio de ese control, que pudiera devenir arbitrario. Si esto sucediera se desconocerá el valor y propósito del control, que pretende alcanzar un resultado diferente: unidad e integración, no dispersión.

El hecho de que algunos jueces y tribunales carezcan de facultades para ejercer el control de convencionalidad no suprime ni disminuye su deber de observar y aplicar los tratados internacionales en materia de derechos humanos.¹⁴⁹

2. Suprema Corte de Justicia

De la posición asumida en julio de 2011 por la Suprema Corte de Justicia, se desprende la necesidad de un doble control sobre las normas que conciernen a derechos humanos o los afectan: de constitucionalidad y de convencionalidad. No basta, pues, con que una disposición se ajuste a la ley suprema; es preciso, además, que se subordine al tratado internacional correspondiente.

¹⁴⁸ Castilla, Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, p. 616.

¹⁴⁹ Cf. *Ibidem*, p. 604.

El primer paso para el cumplimiento de las sentencias emitidas por la CorteIDH, que interesa a los fines del control de convencionalidad,¹⁵⁰ se adelantó en el expediente Varios 912/2010.¹⁵¹ En el párrafo 20 del engrose respectivo se sostuvo que “los Jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad”.¹⁵² Y en el párrafo 51 se precisó:

en relación con el párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y dados los alcances de esta resolución dictada por este Tribunal Pleno, todos los jueces del Estado mexicano, de conformidad con el artículo 1o. constitucional, están facultados para inaplicar las normas generales que, a su juicio, consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución Federal y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

A raíz de la discusión y resolución de este expediente, el control interno de constitucionalidad cesa de ser concentrado y pasa a ser difuso o, quizás, híbrido o mixto. La potestad de los jueces comunes se detiene en la inaplicación de normas inconstitucionales.¹⁵³ La declaratoria general de invalidez recae en órganos de la justicia federal.¹⁵⁴

La Suprema Corte señaló que el sistema se integra, en primer término, por el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control (acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto) y, en segundo término, por el control que realizan los tribunales restantes en forma incidental durante

¹⁵⁰ Caso Radilla Pacheco, *cit.*, párrafos 339 y 340; Caso Fernández Ortega y otros, *cit.*, párrafos 236 y 237; Caso Rosendo Cantú y otra, *cit.*, párrafos 219 y 220, y Caso Cabrera García y Montiel Flores, *cit.*, párrafo 225 y 233.

¹⁵¹ Cf. un análisis más amplio en la materia en García Ramírez y Morales Sánchez, *La reforma constitucional..., op. cit.*, pp. 245-274, y García Ramírez y Del Toro Huerta, *Méjico ante la Corte Interamericana..., op. cit.*, pp. 203 y ss.

¹⁵² <http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes/>.

¹⁵³ Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone, en palabras de la Suprema Corte, “la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación”. *Idem*.

¹⁵⁴ Al respecto, cf. García Ramírez y Morales Sánchez, *La reforma constitucional..., op. cit.*, p. 264.

los procesos ordinarios que conocen, esto es, sin necesidad de actuar por cuerda separada.

Desde luego, nos hallamos todavía ante un tema pendiente de atención legislativa, en torno al cual se suscitan diversas interrogantes.

Del expediente Varios 912/2010 surgieron diversas tesis aisladas.¹⁵⁵ Además, a partir de los pronunciamientos de la Suprema Corte, algunos tribunales colegiados se han ocupado en cuestiones de control.¹⁵⁶ Por ejemplo: los órganos jurisdiccionales federales y locales deben ejercer control difuso, de oficio, para dar certeza al gobernado acerca de la normativa aplicable;¹⁵⁷ las autoridades judiciales deben inaplicar las normas generales que transgredan derechos humanos contenidos en la Constitución o en tratados internacionales;¹⁵⁸ el juez que ejerce control puede inaplicar normas

¹⁵⁵ Dichas tesis pueden verse en García Ramírez y Morales Sánchez, *La reforma constitucional..., op. cit.*, pp. 275-294.

¹⁵⁶ Antes de que la Suprema Corte de Justicia abordase esta materia, en la forma que hemos referido en páginas anteriores, hubo resoluciones de tribunales ordinarios que aplicaron directamente el derecho internacional. *Cfr.* Del Toro Huerta y García Ramírez, *México ante la Corte Interamericana..., op. cit.*, pp. 191-195. *Cfr.* Asimismo, la información que ofrece Serna de la Garza, *Impacto e implicaciones de la globalización*, *op. cit.*, pp. 239 y ss. Otros ejemplos del control de convencionalidad ex officio pueden verse en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El control..., op. cit.*, pp. 49-56.

¹⁵⁷ [TA]; 10a. Época; TCC; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro IV, enero de 2012, t. 5, p. 4321. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO. DEBE EJERCERSE DE OFICIO POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

¹⁵⁸ [TA]; 10a. Época; TCC; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro VI, marzo de 2012, t. 2, p. 1100, CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, EN EL MARCO DE SU COMPETENCIA, DEBEN EFECTUARLO RESPECTO DE LOS PRECEPTOS DE LA LEY DE AMPARO. Otros ejemplos de ejercicio del control de convencionalidad se reflejan en las tesis siguientes: [TA], 10a. Época, TCC, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro VIII, mayo de 2012, t. 2, p. 1823, CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. EL ARTÍCULO 39, SEGUNDO PÁRRAFO, DEL REGLAMENTO INTERIOR DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA, EN DETERMINADO SUPUESTO, VIOLA EL PRINCIPIO DE ACCESO EFECTIVO A LOS MEDIOS DE DEFENSA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, POR LO QUE DEBE SER DESAPLICADO. [J], 10a. Época, TCC, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro V, febrero de 2012, t. 3, p. 2218, SUPLENZA DE LA QUEJA EN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO EN EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA PENAL. OPERA CONFORME AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO Y DE LAS TESIS 2A. CXXXVII/2002 Y 1A./J.26/2003). [TA], Décima Época, TCC, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro VIII, mayo de 2012,

inconstitucionales, inconvenionales o contrarias a la jurisprudencia de la SCJN o de la CorteIDH, cuyo carácter transgresor advierta “implícitamente” y “ex officio”,¹⁵⁹ todas las autoridades pueden ejercer el control difuso de convencionalidad.¹⁶⁰

t. 2, p. 1822. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE UNA NORMA GENERAL, A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO DIRECTO. SÓLO ES VIABLE CUANDO ÉSTA SE HA APLICADO EN EL ACTO RECLAMADO O CON MOTIVO DE UNA VIOLACIÓN PROCESAL. [TA], Décima Época, TCC, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro VIII, mayo de 2012, t. 2, p. 1825, Control de convencionalidad y no de constitucionalidad en el amparo directo. cuando se cuestiona la validez de una disposición de observancia general.

¹⁵⁹ Esta conclusión es inquietante: abre la puerta a una insólita técnica de percepciones implícitas y oficiosas sobre violación de normas. “(...) Todos los juzgadores deben ejercer un control de convencionalidad ex officio del orden jurídico, conforme al cual pueden inaplicar una norma cuando ésta sea contraria a los derechos humanos contenidos en la propia Ley Fundamental, en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, así como en la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación y en los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, si el Juez no advierte oficiosamente que una norma violenta los derechos humanos mencionados, a fin de sostener la inaplicación de aquélla en el caso concreto, dicho control de convencionalidad no puede estimarse que llega al extremo de que el juez del conocimiento deba oficiosamente comparar y analizar en abstracto en cada resolución, todos los derechos humanos que forman parte del orden jurídico mexicano, puesto que ello haría ineficaz e irrealizable el desarrollo de la función jurisdiccional, en detrimento del derecho humano de acceso a la justicia por parte de los gobernados, con la consecuente afectación que ello significa. Por tanto, la sola mención de que una autoridad violentó derechos humanos en una demanda de garantías, es insuficiente para que, si el juzgador de amparo no advierte implícitamente ex officio la transgresión a una de dichas prerrogativas, analice expresamente en la sentencia todos los demás derechos humanos que pudieran resultar relacionados con el caso concreto, debiendo resolver la litis conforme al principio pro persona, a fin de determinar si el acto reclamado es o no contrario a derecho” (énfasis añadido).

¹⁶⁰ La Suprema Corte de Justicia no se refirió a una facultad de “todas las autoridades” para ejercer control difuso de convencionalidad, sino a la subordinación de todas al principio pro persona. [TA]; Décima Época, TCC, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro IV, enero de 2012, t. 5, p. 4319. CONTROL CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO. SUS CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1O. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PUBLICADA EN EL *DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN* EL 10 DE JUNIO DE 2011. También véase la jurisprudencia [J], Décima Época, 1a. Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIII, octubre de 2012, t. 2, p. 799. Principio pro persona. criterio de selección de la norma de derecho fundamental aplicable: “De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos

La relevancia del control de convencionalidad debidamente implementado destaca cuando se consideran las implicaciones o consecuencias de la inobservancia del Derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno. En efecto, “la aplicación del DIDH *omitida* por la jurisdicción interna, que desdeña la oportunidad para asumirla, será la *practicada* por la jurisdicción internacional, que actuará subsidiariamente, en su propia oportunidad, para aplicar las disposiciones jurídicas internacionales quebrantadas o desatendidas. Existe, pues, ocasión para resolver en la vía interna lo que finalmente se traslada a la justicia internacional”.¹⁶¹

En México, la decisión ha sido tomada, al menos jurisdiccionalmente: tenemos un sistema mixto o híbrido de control de constitucionalidad-convencionalidad. El control de convencionalidad es ejercido por todos los jueces. Sólo hay diferencia en cuanto a los efectos del control, atendiendo a la naturaleza —federal o local— del juzgador que lo ejerza: en un extremo, inaplicación en el caso concreto de la norma cuestionada; en el otro, declaratoria general de invalidez.

Recordemos que esta materia se halla pendiente del indispensable tratamiento legislativo por parte del Congreso de la Unión. Como ya mencionamos, el legislador podría organizar un régimen de consultas similar al que opera en las cuestiones de constitucionalidad que ofrecen otras expe-

fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable —en materia de derechos humanos—, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano”.

¹⁶¹ García Ramírez, *Control de convencionalidad*, op. cit., t. I, p. 19.

riencias nacionales y que permiten la unidad de interpretación y favorecen la seguridad jurídica.

Finalmente, digamos que

en el examen de estos temas surge un punto extensamente considerado por la jurisprudencia y la doctrina europea, e infrecuentemente abordado —de-liberadamente— por la jurisprudencia y la doctrina americana: el margen nacional de apreciación.¹⁶² Desde luego, el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación. Sería imposible excluirlo en la hipótesis de que no existan definiciones del tribunal supranacional o de que pudiera haber decisiones nacionales que brinden mejor protección al ser humano. Ahora bien, en la generalidad de los casos este margen de apreciación —nacional y circunstancial: al amparo de las circunstancias del caso *sub judice*— se encuentra acotado por las definiciones del órgano supranacional de interpretación vinculante.¹⁶³

El “control de convencionalidad, desplegado con seriedad, competencia y acierto, favorece y fertiliza el diálogo jurisprudencial (o bien, jurisdiccional) interno e internacional. Contribuye a erigir, detallar, enriquecer, impulsar la cultura jurídica común, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público”.¹⁶⁴



¹⁶² Cf: entre otros autores europeos que han abordado extensamente esta cuestión, García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Cuadernos Cívitas-Instituto de Derecho Parlamentario-Thomson Reuters, Navarra, 2010; Vergottini, Giuseppe de, *Más allá del diálogo...*, op. cit., p. 110 y 111, y Delmas-Marty, Mireille, quien sostiene que este margen nacional es la “llave principal” de lo que se denomina “pluralismo ordenado”, *Le pluralisme ordonné*, París, Ed. du Seuil, 2006, p. 75.

¹⁶³ García Ramírez, *Control judicial de convencionalidad*, op. cit., p. 11.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 12. Sobre este creciente “diálogo”, comienza el examen de la comunicación jurisprudencial, mutualmente “fertilizante” (cross-fertilization) entre los diversos sistemas de protección de los derechos humanos. En torno a esta cuestión existe una valiosa obra colectiva, de reciente aparición, en García Roca, Javier, Fernández Pablo Antonio, Santolaya, Pablo y Raúl Canosa (eds.), *El diálogo entre los sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2012.