

Control de convencionalidad

Gabino González Santos¹

Con motivo de la capacitación *in situ* que llevé a cabo en días pasados en el Tribunal Constitucional Español y en estricto cumplimiento a las normas que regulan las becas de esta Suprema Corte de Justicia, a continuación doy cuenta del trabajo que realicé a partir de dicha estancia.

La intención de este trabajo es presentar, de una manera descriptiva, cómo se ha abordado en España el ejercicio de interpretación de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, y establecer algunas condiciones relacionadas con el control de convencionalidad que llevamos a cabo en México, a efecto de averiguar si existen puntos coincidentes entre ambos ejercicios.

El tema relativo al control de constitucionalidad ha despertado mucho interés y ha generado, además, una expectativa importante sobre cómo debe llevarse a cabo esta competencia y cuál es su alcance. Es importante advertir al lector que algunos de los postulados de este trabajo resultan controvertidos y no han alcanzado el consenso necesario respecto de su utilización.

Como una precisión metodológica, debo señalar que en este trabajo no analizaremos el control de convencionalidad que lleva a cabo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien éste ha sido catalogado por algunos autores como el único *control de convencionalidad* que existe; lo que sí habremos de abordar, aun de manera breve, es el tema relativo a la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, tema que dicho sea de paso ha sido resuelto por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia, no sin ciertas dificultades, en la contradicción de tesis 293/2011. Además, se hará un breve esbozo teórico sobre el control concentrado y difuso de constitucionalidad al analizar el caso nacional.

¹ Secretario de Estudio y Cuenta adscrito a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El caso español: la interpretación conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En primer lugar, resulta necesario abordar algunos rasgos esenciales sobre el control concentrado y el control difuso, en aras de tener un antecedente teórico que nos permita alcanzar algunas conclusiones.

Uno de los elementos primordiales de los sistemas de contrapesos en un nuevo entendimiento de la condición clásica de la división de poderes es el ejercicio de control de regularidad de la constitucionalidad de normas generales².

Así, un órgano jurisdiccional competente para ello puede resolver si una ley —producto de uno de los poderes constituidos del estado, el legislativo o el ejecutivo— resulta acorde con lo previsto en el texto constitucional, tanto desde el punto de vista formal (procedimiento de creación de normas) como, desde una óptica material, con lo dispuesto en el texto constitucional.

En relación con la condición formal apuntada, se debe verificar que se hubieren seguido los procedimientos de creación normativa en los términos y límites que la propia Constitución refiere. Por otro lado, existen límites que tienen que ver con la materia a regular y cómo debe regularse.

Así, los límites que recaen sobre el objeto de la regulación suponen la delimitación de las materias regulables mediante leyes y con tal finalidad la Constitución indica cuáles son las materias regulables por determinada fuente, cuáles no pueden ser reguladas por cierta fuente y cuáles deben ser reguladas necesariamente por una fuente específica con exclusión de cualquiera otra,³ el otro límite ya apuntado es el relativo al contenido normativo de la competencia que regula el legislador, esto es, la manera en que deberá regular el legislador cierta materia.

² Hoffman-Riem Wolfgang, *La división de poderes como principio del ordenamiento*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F. 2008, páginas 211 a 225.

³ Sánchez Sánchez, Abraham, *Sentencias Interpretativas y Control de Constitucionalidad en Colombia*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, página 158.

El producto del enjuiciamiento de la norma en este ejercicio de regularidad constitucional puede tener, en términos generales, dos resultados: a) si se considera que la norma no se ajusta (formal o materialmente) a lo previsto en la Constitución, que se invalide la norma enjuiciada lo que supone su expulsión del sistema normativo; y b) si se considera que la norma sí se ajusta al texto constitucional (formal y materialmente) ésta pervive.

Puede existir una tercer opción que ha cobrado fuerza últimamente que refiere la posibilidad de hacer una interpretación conforme, ésta es una condición intermedia entre las dos posibilidades referidas en el párrafo que antecede, y es una herramienta que permitió solventar un enfrentamiento directo entre el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo, a través del ejercicio de control de constitucionalidad. Así, esta condición posibilita que se salve la constitucionalidad de la norma atribuyéndole un significado a la disposición normativa enjuiciada que resulte acorde al texto constitucional.

El control concentrado tiene su origen en los postulados Kelsenianos y su modelo de Tribunal Constitucional Austriaco. Sus rasgos principales, además de ser órganos especializados normalmente que se ubican fuera del Poder Judicial (normalmente un tribunal o corte constitucional), son: que se realiza el control abstracto de constitucionalidad de las normas, a través de procedimientos especiales previstos para tal función y que los efectos de sus sentencias implican la anulación de la norma sujeta a dicho enjuiciamiento hacia el futuro.

Por otro lado, el control difuso⁴ implica que una diversidad de órganos jurisdiccionales lleven a cabo, de manera cotidiana, un ejercicio de contraste entre una norma inferior (la norma que se aplica al caso concreto) en relación con una norma superior de cuya validez deriva (generalmente, aunque no de manera exclusiva, la Constitución).

⁴ Sobre la distinción entre control concentrado y control difuso, cfr. Alegre Martínez Miguel Ángel, *Control Difuso y control concentrado de constitucionalidad: características diferenciales* en "Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol" n° 6, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, páginas 113 a 136.

Además de la diversidad de órganos que llevan a cabo este ejercicio —de donde adquiere el nombre de difuso—, debe señalarse que no hay un procedimiento específico en el que se lleve a cabo este contraste entre normas, sino en el ejercicio de aplicación de un caso ordinario. Finalmente, existe un tema adicional en relación con los efectos de este ejercicio de contraste, que sólo aplica al caso concreto y no tiene efectos generales⁵. Este tipo de control de constitucionalidad se lleva a cabo, por ejemplo, en Estados Unidos.

El caso español se acerca a un modelo clásico de control concentrado. El ejercicio del control de constitucionalidad lo lleva a cabo, de manera exclusiva, el Tribunal Constitucional, órgano distinto del Poder Judicial; este ejercicio se lleva a cabo a través de los medios específicos previstos para tal efecto: recurso y cuestión de inconstitucionalidad, recurso de amparo y conflictos competenciales suscitados entre los estados y las comunidades autónomas⁶.

La condición de independencia del Tribunal Constitucional, respecto de los poderes constituidos se reafirma a partir del contenido del artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que establece que éste será el intérprete supremo de la Constitución y que será independiente de los demás órganos constitucionales y sólo estará sujeto sólo a la Constitución y a la propia Ley Orgánica que lo regula. Finalmente, en cuanto a los efectos de las resoluciones que expide el Tribunal Constitucional, el artículo 38.1 de la Ley Orgánica establece que las sentencias producirán efectos generales desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Ahora bien, el tema relacionado con la incorporación de las normas de derechos humanos de fuente internacional y su incidencia en el control de regularidad de las normas y/o en la aplicación de los juicios ordinarios merece algunas precisiones. Este tema tiene una vertiente nacional y otra internacional.

⁵ Sobre este aspecto, debe destacarse que en el caso norteamericano hay un principio *stare decisis* que implica que los casos futuros que tengan una condición de similitud deberán ser resueltos en los mismos términos.

⁶ Artículos 161 de la Constitución Española y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En el primer caso, vale la pena señalar el contenido del artículo 10.2 de la Constitución que establece una condición o cláusula interpretativa en los siguientes términos: “...*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

Por otro lado, en el Sistema Interamericano, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró, al resolver en 1984 el caso *Vol Colson y Kamann* la obligación del juez nacional de “...*dar a la legislación nacional adoptada en ejecución de la Directiva, en la medida en que así lo permita su Derecho nacional, una interpretación y una aplicación conformes con las exigencias del Derecho Comunitario*”; posteriormente, al resolver el asunto *Pfeiffer* (2004), se extendió esta obligación de interpretación no sólo a la directiva enunciada, sino al conjunto de normas del Derecho nacional, más allá de las estrictamente destinadas a adaptado a la directiva.⁷

No obstante pudiera considerarse esto una similitud con el caso nacional, es importante considerar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha resuelto (casos *Van Gend en Loos*⁸ y *Flaminio Costa*⁹) que el derecho comunitario europeo se concibe como un nuevo ordenamiento jurídico autónomo respecto del ordenamiento nacional y del ordenamiento de los Estados miembros.

Debemos señalar además, que el derecho comunitario ha servido al Tribunal Constitucional para la interpretación conforme de los derechos fundamentales, a partir de la interpretación que han dado al propio artículo 10.2 Constitucional ya referido, si bien ello fue de manera tímida en un principio, pero ha ido cobrando fuerza. No obstante ello, es importante considerar que en el caso

⁷ Alonso García Ricardo, *La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico*, en Revista Española de Derecho Europeo, Número 28, Thomson Civitas, Octubre-Diciembre 2008.

⁸ Sentencia de 5 de febrero de 1963.

⁹ Sentencia de 15 julio de 1964.

español los tratados no pueden erigirse en normas de parámetro para efectos de precisar la regularidad constitucional, y el propio artículo 10.2 no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de la validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales (STC 64/1991 FJ 4), si bien pudieran considerarse como pautas interpretativas de la propia Constitución española.¹⁰ Sobre este punto, en el fundamento jurídico 4 de la sentencia 64/991, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

La interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional.

Ahora bien, debemos también destacar que el caso español prevé una condición de relación entre justicia constitucional y ordinaria que en México no tiene paralelo. En España cabe la posibilidad, al llevarse a cabo un procedimiento ordinario, de que el juzgador determine que existen dudas sobre la constitucionalidad de alguna norma involucrada en la resolución del juicio que le compete y del que está conociendo; así, en el artículo 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se advierte que, cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y

¹⁰ Saiz Arnaiz, Alejandro, La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el Derecho Internacional de los derechos humanos, en Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo Jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa, Editorial Porrúa, México, 2012, páginas 473 a 499.

de cuya validez dependa del fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

En este sentido, podemos advertir que en el caso español no existe una condición de contraste normativo entre la disposición de fuente internacional y la nacional, que pudiese conducir a la inaplicación de la norma, sino que existe una condición de interpretación de conformidad con las normas de derechos humanos de fuente nacional y, como un recurso adicional, se prevé la posibilidad de que el órgano jurisdiccional ordinario, cuya función es la aplicación de las normas a los casos concretos, pueda solicitar al Tribunal Constitucional que lleve a cabo un control de regularidad de la norma cuya invalidez sospecha, mientras que el procedimiento ordinario está suspendido, en espera del resultado que habrá de arrojar el procedimiento ante el Tribunal Constitucional.

El control de convencionalidad

Uno de los primeros problemas al que nos enfrentamos en relación con el tema de control de convencionalidad es su definición y la determinación del alcance de esta herramienta. El término se acuñó, al parecer, por el ex Presidente de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, al emitir su voto concurrente en el Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, y su uso ha generado importantes desavenencias, tanto en el ámbito académico, como en el jurisdiccional.

Este término siguió siendo usado por el Magistrado García Ramírez al razonar sus votos en otros casos, si bien se refería en todos ellos a la posibilidad de que la Corte Interamericana analizara, frente a la Convención, los actos que sometían a su conocimiento (casos Tibi vs. Ecuador; López Álvarez vs. Honduras, y Vargas Areco vs Paraguay). Finalmente, la Corte Interamericana utilizó el término, ya de manera contundente. Al resolver el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, en el párrafo 124 de dicha resolución se sostuvo, literalmente, lo siguiente:

124. La Corte es consciente 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 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.

Posturas similares sostuvo la CIDH en los casos Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (párrafo 128) y la Cantura vs. Perú (párrafo 173) ¹¹, si bien en estos asuntos fue refinando su pronunciamiento en relación con las autoridades que debían cumplir con este medio de control hasta determinar que lo deben llevar a cabo los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, párrafo 225) y cualquier autoridad pública (caso Gelman vs Uruguay, párrafo 193).

Para efectos de este trabajo sólo nos ocuparemos del control de convencionalidad en los siguientes dos supuestos: 1. En el contexto de control concentrado, entenderemos por control de convencionalidad, el control de regularidad que se lleva a cabo, respecto de la norma enjuiciada frente a la norma de contraste cuya fuente es el derecho internacional, y 2. Respecto de la jurisdicción ordinaria, entenderemos por control de convencionalidad, un *mandato interpretativo*, según el cual todos los jueces deben interpretar las normas que aplican conforme a las normas de derechos humanos de fuente internacional¹², en cuyo caso, de resultar contrarias a dichas normas, están autorizados para ejercer

¹¹. Bazán Victor, *Control de Convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas*, en Revista Europea de Derechos Fundamentales, N° 18, Valencia, 2011, páginas 63 a 104. Si bien se refiere al caso Argentino, resulta altamente ilustrativo para dimensionar el control de convencionalidad.

¹² Tanto en el control concentrado como en el caso de la jurisdicción ordinaria, el control por supuesto que puede hacerse respecto de la Constitución, sin embargo, para efectos de este trabajo ello no resulta relevante.

un control difuso e inaplicar las normas que estimen contrarias al derecho humano de fuente internacional.

El control de convencionalidad en México

A continuación, relataremos cómo se había llevado a cabo el control de la regularidad constitucional en México, la introducción del control difuso (tanto por la reforma constitucional, como por la resolución del Caso Rosendo Radilla) y sus implicaciones.

Es importante considerar que en México, a diferencia de lo previsto en el caso español y que ha sido ya apuntado, el parámetro de control de regularidad no se restringe a la Constitución, sino que en virtud de lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución, se extiende a las normas de fuente internacional. Sobre este punto, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia resolvió que la reforma constitucional de 2011 incorporó, al catálogo constitucional de derechos humanos, este tipo de normas cuya fuente es internacional. Así, se concluyó que resulta irrelevante la fuente u origen del derecho humano, pues el énfasis viene dado por la inclusión de este tipo de normas en el catálogo de derechos humanos. En estos términos, se resolvió que la nueva conformación del catálogo aludido no puede ser estudiada en términos de jerarquía, pues la intención del constituyente fue la incorporación de estas normas y no distinguir o jerarquizar las normas.

En México existe una condición peculiar en relación con el control concentrado de constitucionalidad; si bien éste sólo lo puede llevar a cabo el Poder Judicial de la Federación, esto se hace a través de sus distintos órganos¹³ y no de uno único como el caso español. Así, los jueces de Distrito, magistrados de Circuito y ministros de la Corte resuelven —en distintas instancias— juicios de amparo y los ministros de la Corte resuelven además, acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales.

¹³ Sobre el tema, debe destacarse que en el cuadro que más adelante se retoma, se prevén de manera puntual todas las condiciones competenciales de estos medios de control.

Por otro lado, pero dentro del mismo Poder Judicial de la Federación, otros órganos llevan a cabo un ejercicio de control de la regularidad constitucional, si bien con algunos matices, los magistrados de las salas regionales y Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a través de la resolución de los llamados juicios de la defensa de los derechos ciudadanos y juicios de revisión constitucional (éste último sólo la Sala Superior).

Los efectos de las resoluciones de los medios de control de constitucionalidad en México son diversos. Mientras en algunos casos tienen efectos generales o *erga omnes* (como el caso de la acción de inconstitucionalidad); en otros, tiene efectos sólo para las partes. Es importante mencionar que existe un sistema de precedentes (jurisprudencial) a partir del cual, los criterios que cumplen con ciertas exigencias previstas en la propia ley, como por ejemplo la votación, la manera en que debe de resolverse, etcétera, tendrán efectos vinculatorios para distintos órganos jurisdiccionales, es decir, tendrán una especie de efectos extendidos, vía jurisprudencial. Existe finalmente, una facultad exclusiva del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, cuando en virtud de una contravención de una norma inferior con la constitucional, pueda emitir una declaratoria con efectos generales que beneficie a toda la población.¹⁴

Pues bien, en México hubo un par de antecedentes, uno legislativo y otro judicial, cuya simbiosis implicó la modificación al sistema de control de la regularidad constitucional como se había llevado a cabo hasta ese momento y que ha sido brevemente caracterizado en los párrafos que anteceden. Estos casos fueron la reforma constitucional en materia de derechos humanos, en el ámbito legislativo, y la resolución del caso de Rosendo Radilla tanto en el ámbito internacional (CIDH), como el Varios 912/2011 resuelto por el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación. A continuación, presentaremos algunos comentarios sobre estos antecedentes.

¹⁴ Sobre el caso, debe señalarse que existen algunas limitaciones materiales, por ejemplo, en materia impositiva para que se lleve a cabo este procedimiento.

El 4 de junio de 2011 se reformó, entre otros, el artículo 1º constitucional¹⁵. Esta disposición introdujo, a partir de este cambio, varios elementos y temas, relacionados todos con los derechos humanos, como la modificación del concepto *garantías individuales por derechos humanos*, lo que implicó una perspectiva distinta¹⁶ y que tiene muchas implicaciones intrínsecas respecto del sistema jurídico; se instauró el principio *pro persona*, y se estableció una pauta interpretativa relativa a que las normas de derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados de derechos internacionales (en materia de derechos humanos), favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

En el tercer párrafo, se estableció un mandato a las autoridades —todas las del país— para que, en el ámbito de sus competencias, promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y que como consecuencia de ello, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos establecidos en la ley. Este cúmulo de nuevas decisiones fundamentales respecto de los derechos humanos generó un cambio de paradigma en el derecho nacional.

Una vez que estas disposiciones constitucionales cobraron vigencia, sólo hacía falta que hubiera algún caso que requiriese que se dotara de significado a estas nuevas disposiciones para que pudiera comprobarse la magnitud del cambio. Este asunto fue el *Caso Rosendo Radilla*, resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia el 14 de julio de 2011, en el expediente Varios 912/2011.

Rosendo Radilla Pacheco desapareció en el Estado de Guerrero en el año de 1974 objeto de una desaparición forzada llevada a cabo, presuntamente, por

¹⁵ En relación con esta reforma, se recomienda consultar la siguiente página que contiene material importante sobre el caso: www.articulo1constitucional.mx.

¹⁶ Lejos de una condición nominalista, debe señalarse que ello implicó un reconocimiento de estas normas, no sólo de fuente nacional, sino sobre todo de fuente internacional, y fue un elemento que aportó al cambio de paradigma.

elementos del Ejército Nacional destacamentados en esa entidad federativa. En 1992, la hija de Rosendo Radilla denunció penalmente, por primera vez, la desaparición de su padre y así comenzó un largo procedimiento judicial, cuyo resultado derivó —a través de un amparo— en que el fuero militar debía conocer de estos hechos.

Dado lo insatisfactorio de los resultados de estos procesos judiciales en el ámbito nacional, se denunció el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien lo estudió y consideró que ameritaba presentarlo ante la CIDH para que se determinara si se habían violado o no los derechos humanos por parte del Estado Mexicano.

La CIDH condenó a México y ordenó, entre otros, al Poder Judicial de la Federación que llevara a cabo lo siguiente:

- a) *Los Jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad.*
- b) *Deberá restringirse la interpretación del fuero militar en casos concretos.*
- c) *El Poder Judicial de la Federación deberá implementar medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco.*

En específico, en relación con el tema de control de convencionalidad que nos ocupa en este trabajo, en el párrafo 114 de la resolución que emitió la CIDH se determinó que:

“...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 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”.

En este contexto, la Suprema Corte de Justicia se planteó cómo debía cumplir con la resolución emitida por la CIDH, por lo que se planteó una pregunta al Tribunal Pleno que dio lugar al expediente Varios 912/2011. En dicho expediente, la Corte resolvió que el control de regularidad (que incluye el control concentrado, difuso y el control por determinación constitucional específica, e incluso la interpretación más favorable) se llevaría a cabo de acuerdo con los parámetros que se expresan gráficamente en el siguiente cuadro¹⁷:

Tipo de control	Órgano y medios de control	Fundamento constitucional	Posible Resultado	Forma
<u>Concentrado:</u>	Poder Judicial de la Federación (tribunales de amparo): a) Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad. b) Amparo Indirecto c) Amparo Directo	105, fracciones I y II 103, 107, fracción VII 103, 107, fracción IX	Declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o interpartes No hay declaratoria de inconstitucionalidad	Directa
<u>Control por determinación constitucional</u>	a) Tribunal Electoral en Juicio de revisión constitucional electoral de actos o	Art. 41, fracción VI, 99, párrafo 6°	No hay declaración de inconstitucionalidad,	Directa e

¹⁷ Este cuadro lo tomamos, de manera literal, de la resolución del caso Rosendo Radilla, así como los antecedentes fácticos propios del caso.

<u>específica:</u>	<p>resoluciones definitivos y firmes de las autoridades electorales locales en organización y calificación de comicios o controversias en los mismos</p> <p>b) Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación</p>	99, párrafo 6°	sólo inaplicación	incidental*
<u>Difuso:</u>	<p>a) Resto de los tribunales</p> <p>a. Federales: Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de proceso federal y Tribunales Administrativos</p> <p>b. Locales: Judiciales, administrativos y electorales</p>	<p>1°, 133, 104 y derechos humanos en tratados</p> <p>1°, 133, 116 y derechos humanos en tratados</p>	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación	Incidental*
<u>Interpretación más favorable:</u>	Todas las autoridades del Estado mexicano	Artículo 1° y derechos humanos en tratados	Solamente interpretación aplicando la norma más favorable a las personas sin inaplicación o declaración de inconstitucionalidad	Fundamentación y motivación.

* Esta forma incidental de ningún modo implica la apertura de un expediente por cuerda separada, sino que debe entenderse como la posibilidad de inaplicación durante el proceso correspondiente.

			dad	
--	--	--	-----	--

Ahora bien, en relación con las nuevas competencias que fueron determinadas —vía jurisprudencial al resolver el expediente Varios 912/2011— es necesario plantear algunas reflexiones. La nueva conformación del artículo primero constitucional genera relevantes preguntas, por ejemplo, respecto del rango jerárquico de las normas, sobre todo con lo resuelto por el Tribunal Pleno en la contradicción de tesis 293/2011, ya enunciada en párrafos atrás; la inclusión de resoluciones de tribunales internacionales protectores de derechos humanos; el alcance del principio *pro homine*; si la interpretación conforme también debe hacerse respecto de disposiciones constitucionales, y si ello implica la posibilidad de incorporar nuevos derechos a la misma.¹⁸

En relación con algunas de estas dudas, se considera oportuno abundar sobre ¿cómo debe llevarse a cabo el ejercicio o control normativo (de regularidad) que supone la redacción del artículo 1 constitucional, en relación con los criterios de identificación de normas relativas a derechos humanos previstas en tratados internacionales?

A partir de la reforma constitucional de 2011 y de la interpretación que realizó la Suprema Corte de Justicia en el caso Rosendo Radilla (también en 2011), se instauró un nuevo entendimiento de las competencias de los jueces en México, tanto en sede ordinaria como en sede de control constitucional. La pregunta que ahora debemos hacernos es sobre cómo debemos entender estas nuevas competencias o, de una manera más puntual, cómo debe hacerse esta operación de control de regularidad de la norma por parte de los jueces que no son competentes para realizar control de constitucionalidad, bien sean de sede local o federal.

¹⁸ Cfr, Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Qué hacer con el artículo primero constitucional. La interpretación de los Derechos Humanos de conformidad con los Tratados Internacionales*, publicado en 5 años de Jornadas Académicas en Michoacán, una visión jurídica de actualidad, Tribunal Electoral de Michoacán, Morelia, 2013, pág. 18 y ss.

En uno de los párrafos de la resolución de la Corte Interamericana, se advierte que en México debía hacerse un control de convencionalidad *ex officio*, por parte de los jueces, lo que supone un ejercicio de contraste entre las normas nacionales y las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales, este ejercicio se denominó *control de convencionalidad*.

Sobre este aspecto, es importante considerar que en el párrafo segundo del artículo primero constitucional se establece que: “*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*”. El primer elemento problemático de esta disposición radica en desentrañar qué normas son atinentes o relativas a los derechos humanos.

Así, el juez deberá establecer un criterio de identificación de este tipo de disposiciones (derechos humanos previstos en tratados internacionales), como un elemento previo que permita escindir qué disposiciones normativas deberán ser tomadas en cuenta para realizar el ejercicio de control¹⁹.

Pensemos en un caso que tiene que ver con tributación. Un tratado internacional de doble tributación no es un caso típico o “normal” de tratados internacionales que contienen derechos humanos, como podría ser el caso de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (en una posición más bien nominalista) o el Tratado para Prevenir y Sancionar la Tortura (desde un punto de vista más bien material); en este sentido, y siguiendo con el ejemplo, una norma de derecho internacional que a simple vista no pareciera ni nominal ni materialmente pertenecer al género derechos humanos, puede tener esta naturaleza, por lo que resultará indispensable que el juez cuente con las herramientas necesarias para poder determinar si la disposición normativa a partir

¹⁹ Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *Procedencia del amparo directo en revisión ¿tipos de tratados internacionales y apreciación prima facie de derechos humanos?*, publicado en Cuestiones Constitucionales, Quid Iuris, Año 8, Volumen 25, junio-agosto 2014, páginas 17 a 23.

de la cual debe realizar el contraste con la norma nacional es o no de derechos humanos.

En este sentido, pareciera que el criterio de identificación normativa²⁰ tendría que realizarse a partir de la concreción de alguno de los elementos siguientes: una condición nominalista; que la disposición normativa establezca un derecho humano, con independencia de la denominación del instrumento internacional en que se encuentra ubicado, y que la disposición normativa amplíe un derecho humano.

En el mismo segundo párrafo se advierte que la interpretación que se haga (tanto de la Constitución como de ésta conforme a los tratados internacionales de derechos humanos) deberá favorecer en todo tiempo a la persona (principio *pro homine*), lo que supone que en términos de lo expuesto en el artículo situaría a México en el grupo de Constituciones más avanzadas del mundo, ya que supone que el ejercicio del poder público está limitado ya no sólo desde y a partir del ámbito nacional sino además a partir de las normas de fuente internacional.

Sobre esta afirmación, resulta pertinente tomar en cuenta lo resuelto recientemente por la Suprema Corte de Justicia en la contradicción de tesis 293/2011 en la que abordó este tema. En la interesante solución de este caso se señaló que existe una integración normativa respecto de las normas de derechos humanos, así si son de fuente nacional o internacional, ello supone que están al mismo nivel, y que incluso ello no supone un tema de jerarquías normativas; no obstante lo anterior, se establece una limitante a esta condición y es que no exista una restricción constitucional, pues en ese caso, ésta debe prevalecer. Este asunto dio lugar a la tesis jurisprudencial de rubro: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN

²⁰ Sobre el criterio de identificación de normas de derechos humanos, véase Cossío Díaz, José Ramón, Primeras implicaciones del caso Rosendo Radilla, publicado en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Número 26, junio-diciembre 2012.

HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”.

En relación con la obligatoriedad de la jurisprudencia emitida por la CIDH, la Corte resolvió que la misma resulta vinculatoria para los jueces nacionales con independencia de si México fue o no parte del litigio en el que se sostuvo dicho criterio toda vez que —se dice en la resolución— *dotan de contenido a los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Ahora bien, resulta importante considerar que ello genera algunos problemas que deben tenerse en cuenta, pues se señala que la aplicación de esta jurisprudencia debe hacerse en términos de colaboración y no contradicción con la jurisprudencia nacional, atendiendo en todo momento al principio pro persona. Esto dio lugar al criterio jurisprudencial de rubro: “JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.”

Sobre las condiciones de operación de la jurisprudencia interamericana en relación con la nacional, en la sentencia, literalmente, se señala:

“Por consiguiente, este carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana exige a los operadores jurídicos mexicanos lo siguiente: **(i)** cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; **(ii)** en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y **(iii)** de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas.”

Esto nos lleva a plantearnos, por ejemplo, si esta condición autoriza la inaplicación de jurisprudencia nacional al estimar que contraviene una norma de derechos humanos de fuente internacional o una jurisprudencia interamericana, o si ello no es posible al constituir una restricción expresa prevista a nivel constitucional; por

otro lado, valdría la pena seguir insistiendo en relación con un criterio de jerarquía normativa, lo que además ha quedado sugerido en la propia resolución y tesis jurisprudencial derivada de dicha resolución. Así, resulta importante considerar que este criterio habrá de irse modulando para resolver estas cuestiones que, previsiblemente, se irán presentando paulatinamente.

Conclusiones

En España el parámetro de la regularidad constitucional no está compuesto por las normas de fuente internacional, según lo ha interpretado del contenido del artículo 10.2, el Tribunal Constitucional; no obstante, existe la obligación para todos los jueces de realizar una interpretación de conformidad con las normas de derechos humanos, por lo que éstas derivan en una función de pauta interpretativa.

En el caso español, en la jurisdicción ordinaria se puede suspender un juicio cuya tramitación se está llevando a cabo, a fin de elevar al Tribunal Constitucional una cuestión de constitucionalidad de la norma cuya invalidez se sospecha. En México, en cambio, se puede promover un juicio de constitucionalidad²¹ en cualquier etapa del juicio, e incluso de acuerdo con las nuevas determinaciones competenciales derivadas de la resolución del caso de Rosendo Radilla, los órganos jurisdiccionales ordinarios pueden interpretar las normas conforme a la Constitución y a las normas de derechos humanos de fuente internacional, en cuyo caso de ser imposible llevar a cabo esta interpretación conforme, pueden inaplicar la norma que contraría la disposición de contraste.

En México tenemos un control concentrado de constitucionalidad, con algunas peculiaridades respecto de la condición clásica, por ejemplo, que se prevé en España, pues los distintos órganos del Poder Judicial de la Federación, llevan a

²¹ Ello, por supuesto, de acuerdo con las condiciones de procedencia previstas en la Ley de Amparo.

cabo este control constitucional, a diferencia de España que sólo se lleva a cabo por el Tribunal Constitucional.

A partir de un antecedente legislativo y otros judiciales (la sentencia de la Corte Interamericana y la nacional sobre Rosendo Radilla), en México se instauró un control difuso, con las peculiaridades que han sido descritas, brevemente en este trabajo.

Finalmente, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia resolvió dos temas muy importantes, no sin sortear algunos problemas que probablemente impliquen que esta postura se irá modulando más adelante: 1. Que las normas de derechos humanos de fuente internacional están incorporadas, en los términos previstos en el artículo 1º Constitucional, al catálogo de derechos humanos tutelados por la Constitución, sin que ello implique una condición jerárquica, pero si la Constitución establece una restricción expresa, deberá estarse a lo dispuesto en la restricción; adicionalmente, se resolvió que la jurisprudencia emanada de la CIDH será vinculatoria para los jueces nacionales con independencia de si México fue o no parte del litigio en el que se determinó el criterio.

Bibliografía

Alegre Martínez Miguel Ángel, *Control Difuso y control concentrado de constitucionalidad: características diferenciales* en “Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol” n° 6, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, páginas 113 a 136.

Alonso García Ricardo, *La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico*, en Revista Española de Derecho Europeo, Número 28, Thomson Civitas, Octubre-Diciembre 2008.

Bazán Victor, *Control de Convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas*, en Revista Europea de Derechos Fundamentales, N° 18, Valencia, 2011, páginas 63 a 104.

Cossío Díaz, José Ramón, *Procedencia del amparo directo en revisión ¿tipos de tratados internacionales y apreciación prima facie de derechos humanos?*, publicado en Quid Iuris, Año 8, Volumen 25, junio-agosto 2014, páginas 17 a 23.

Cossío Díaz, José Ramón, *Primeras implicaciones del caso Rosendo Radilla*, publicado en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Número 26, junio-diciembre 2012.

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Qué hacer con el artículo primero constitucional. La interpretación de los Derechos Humanos de conformidad con los Tratados Internacionales*, publicado en 5 años de Jornadas Académicas en Michoacán, una visión jurídica de actualidad, Tribunal Electoral de Michoacán, Morelia, 2013, pág. 18 y ss.

Hoffman-Riem Wolfgang, *La división de poderes como principio del ordenamiento*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídica, México D.F. 2008, páginas 211 a 225.

Saiz Arnaiz, Alejandro, *La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el Derecho Internacional de los derechos humanos*, en Control de

Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo Jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa

Sánchez Sánchez, Abraham, *Sentencias Interpretativas y Control de Constitucionalidad en Colombia*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, página 158.