



**“UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO
DE MÉXICO”**



“FACULTAD DE DERECHO”

**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL NUEVO SISTEMA
CONSTITUCIONAL MEXICANO: ALCANCES Y LIMITACIONES
“TRABAJO TERMINAL DE GRADO”**

MODALIDAD: TRABAJO TERMINAL DE GRADO POR CAPÍTULO DE LIBRO

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

MAESTRA EN DERECHO

CON ÁREA TERMINA EN JUSTICIA CONSTITUCIONAL

PRESENTA:

LIC. EN D. GUADALUPE VALDES HURTADO

TUTOR ACADÉMICO:

DR. EN D. JORGE OLVERA GARCÍA

TUTORES ADJUNTOS:

DR. EN D. ENRIQUE URIBE ARZATE

DRA. EN D. MARÍA DE LOURDES MORALES REYNOSO

TOLUCA, MÉXICO; AGOSTO DE 2015

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
AGRADECIMIENTOS	9
PROTOCOLO	11
1. Objeto de estudio.....	11
2. Hipótesis	11
3. Objetivos generales y específicos	12
4. Bibliografía que presente los antecedentes	13
5. Marco teórico	14
6. Estado del conocimiento del objeto de estudio.....	14
7. Metodología general	17
ACEPTACIÓN DE LA EDITORIAL	19
CAPÍTULO. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL NUEVO SISTEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO: ALCANCES Y LIMITACIONES	
1. Consideraciones previas	20
2. Nuevo Sistema Constitucional Mexicano.....	21
3. Realidad y problemática en el Control de Convencionalidad.....	29
4. Pasos para ejercer el Control de Convencionalidad	33
5. Alcances y limitaciones del principio pro persona.....	37
6. Ponderación: una herramienta para la aplicación del principio pro persona...	40
7. Principio pro persona vs supremacía de las restricciones de los Derechos Humanos contenidas en la Constitución.....	42
8. Conclusiones	50
9. Fuentes consultadas.....	53

INTRODUCCIÓN

La presente tesis contiene un capítulo del libro titulado *Perspectivas de la Justicia Constitucional en México* que, en coautoría con nuestro rector, el Dr. Jorge Olvera García será publicado por la Universidad Autónoma del Estado de México. El capítulo se titula “El Control de Convencionalidad en el nuevo sistema constitucional mexicano: alcances y limitaciones”, en éste se debate el Control de Convencionalidad en México, el cual es un tema que pareciera muy trastocado, sin embargo, en el presente trabajo se analizan todas las repercusiones que ha tenido en México durante estos cuatro años de vigencia de la Reforma Constitucional, así como las limitaciones que los mismos teóricos, juristas, ministros y estudiosos del derecho han impuesto a través de sus diversas opiniones o criterios, algunos de aplicación obligatoria y algunos otros no.

Cabe destacar que el Control de Convencionalidad es uno de los medios de la justicia constitucional ahora contemplado dentro de nuestra norma suprema en su artículo primero, el cual establece: “Las normas relativas a los Derechos Humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Este párrafo constitucional trae consigo muchas implicaciones, tales como la interpretación conforme el principio pro persona como base del Control de Constitucionalidad y del Control de Convencionalidad, por lo que en la praxis no ha resultado ser tan sencillo, pues las autoridades que ejercen estos controles en el ámbito de su competencia se han visto obligadas no sólo a estudiar más, sino a cambiar y reestructurar un criterio seguido por décadas, más la corriente positivista que durante mucho tiempo perduró en nuestro sistema constitucional.

En el trabajo que tiene en sus manos se analizan temas que emanan del Control de Convencionalidad, partiendo del surgimiento de nuestro nuevo sistema constitucional mexicano, analizando cuál es la realidad actual y la problemática surgida principalmente al momento de la aplicación, pues todas las autoridades, de

conformidad con el párrafo tercero del artículo primero constitucional, se encuentran obligadas a ejercerlo, entendiéndose que también las autoridades administrativas y legislativas, aunque su función diaria no sea la interpretación ni la aplicación de la ley están obligadas a promover, proteger y garantizar los Derechos Humanos bajo este sistema de control convencional, por ello se requiere de una explicación más práctica y concisa de la forma en que se debe hacer.

Posteriormente se habla del principio pro persona como la directriz principal del Control de Convencionalidad, las opiniones que al respecto ha emitido nuestro máximo tribunal, así como si están o no en concordancia con los criterios internacionales de los cuales estamos obligados a escuchar y acatar atendiendo al Control de Convencionalidad; incluso lo anterior da pie a muchos temas más, de los cuales se realiza una opinión general, sin embargo, valdría la pena ser analizados de manera más profunda en otras publicaciones, ya que, como lo mencionamos, nuestros ministros de la Suprema Corte de Justicia se reusan a abandonar el Positivismo, cuando criterios internacionales han incluso obligado a México a ser más iusnaturalista en protección de los Derechos Humanos. No digo que estemos mal, pero creo que todavía le falta a México aprender y comprender que la soberanía no está siendo quebrantada, sino que más bien estamos siendo superados dada nuestra ineficacia política y jurídica, por lo que valdría la pena redefinir este concepto.

AGRADECIMIENTOS

Por ti y para ti soy lo que soy...Gracias por escucharme aún en soledad, por ayudarme aún en lo terrenalmente imposible, gracias porque a pesar de todo lo sufrido me dejaste alcanzar una meta más. Gracias por darme la fuerza física, emocional y mental que he necesitado día con día. Tú eres el dueño y compañero de mi vida, en tu nombre trabajé y prometo trabajar siempre, tú eres mi maestro, INFINITAS GRACIAS TE DOY DIOS MIO.

MAMÁ: A ti no sólo te agradezco las desmañanadas, el lunch, las desveladas y las bendiciones diarias, sino también el aguantar mis pláticas que al no ser experta en Derecho quizá ni me has de entender o te he de aburrir, pero siempre paciente aguantas hasta que me canse de hablar o definitivamente me quede sin más qué decir. Gracias, mami, por aguantar mis enojos, mi mal humor, eres una gran mamá y aunque no lo creas todo lo que he llegado a obtener profesional y personalmente lo aprendí de ti, pues como ser humano has logrado obtener el más alto grado y eso vale más que cualquier reconocimiento académico.

PAPÁ: Gracias por tu ejemplo de lucha incansable, gracias por apoyarme en todo lo que decido emprender, gracias por enseñarme que en la vida nunca existe el cansancio ni la debilidad, pues ante todo siempre debe uno estar de pie y afrontar con valor lo que venga. Gracias porque a pesar de todo siempre has visto la forma de que salgamos adelante, gracias por permitirme tener un estudio que me ha dejado seguir en el camino, creciendo e ignorando menos cosas. Gracias por ser mi papá luchón y exigente que inculcó en mí un sentimiento de superación constante a pesar de las adversidades.

A MIS HERMANOS: Compañeros de la vida, yo sé que no es fácil tener una hermana abogada como yo; les doy las gracias por soportarme. Auro y Héctor con cada uno de ustedes he vivido etapas de mi vida inolvidables e invaluable, gracias por compartir conmigo sus conocimientos que no tienen nada que ver con lo jurídico,

pero he aprendido bastante para un conocimiento general que me puede ser muy útil en mi vida. Gracias por todas las formas en que me han apoyado, cada uno de ustedes ha sido también un ejemplo de perseverancia, sacrificio y triunfo; los quiero, hermanos, y me siento muy orgullosa por lo que cada uno de ustedes son en lo personal y profesionalmente; espero algún día ser como ustedes.

REGINA: Mi princesa hermosa que con tu corta edad has cambiado mi manera de ver la vida, me has ayudado a madurar, a crecer, a imaginar y planear un futuro. Gracias por tu sonrisa y tu mirada que al verlas me hacen sentir que vale la pena todo, que no importa el cansancio, las horas de trabajo o las que haya pasado sin dormir, todo se olvida al ver ese hermoso rostro de la nena que Dios me dio como ahijada y sobrina, te quiero tanto, siempre estaré para ti en todo lo que vayas a emprender, pero sé que esa hojeada del Código Civil no fue por casualidad, serás mi próxima abogada.

ALEX: Amor mío, mi maestro preferido, gracias por llegar a mi vida en el momento indicado, gracias por llenar mis días de ilusión, de amor y de esperanza. Pero, sobre todo, gracias por escucharme y reconfortarme en esos momentos en los que siento que todas las luces no sólo se apagaron sino parecen fundidas e inservibles, gracias por darme las palabras exactas en el momento preciso, abrazarme y callar cuando es lo que necesito. A ti te dedico este grado, porque en tres años has caminado a mi lado, sacrificando horas de compañía y distracción por dejarme estudiar, leer y escribir; porque siempre compartiste conmigo tus experiencias que me hicieron aprender más de ti. Gracias por tu paciencia, por contestar cada llamada, cada mensaje y estar siempre disponible para mí. Gracias por haberme dado una ilusión por la que trabajo todos los días para que pronto llegue a materializarse, te amo y gracias por enseñarme que los sueños siempre pueden alcanzarse.

*“Daría todo lo que sé,
por la mitad de lo que ignoro”.*

René Descartes.

PROTOCOLO

1. Objeto de estudio

El tema que se investiga y estudia es el de: “El Control de Convencionalidad en el Nuevo Sistema Constitucional Mexicano, Alcances y Limitaciones”. Para llevar a cabo esta investigación es necesario delimitar tanto en espacio, tiempo y materia, este tema, por ello aclaramos que el Control de Convencionalidad que analizaremos es el que se comenzó a implementar en el sistema constitucional mexicano a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, por lo que veremos todo lo que se ha dado en México en la materia constitucional durante estos cuatro años de vigencia y solamente, como referencia veremos los asuntos que llevaron al Constituyente a reformar nuestra Constitución.

El objeto de estudio del presente capítulo es el Control de Convencionalidad dentro del nuevo sistema constitucional mexicano, desde donde se realiza un análisis partiendo de su concepción, entendido como un ejercicio que se implementó en México a raíz de la Reforma Constitucional del 2011, el cual va implícito en el segundo párrafo del artículo 1º, pues se establece que las normas relativas a los Derechos Humanos deberán ser interpretadas de conformidad con lo establecido en la propia Constitución y en los Tratados Internacionales de la materia, siempre con el objetivo de favorecer con la protección más amplia a las personas.

Vemos la trascendencia nacional e internacional de este Control de Convencionalidad, cómo surgió, lo que ha acontecido a partir de su vigencia y hacia donde se vislumbra, así como la mala, incongruente o confusa interpretación que se le ha dado.

2. Hipótesis

El Control de Convencionalidad en el nuevo sistema constitucional mexicano, como resultado de la Reforma Constitucional que México se vio obligado a realizar para velar de una mejor protección de los Derechos Humanos, no ha cumplido con su

finalidad debido a la ignorancia de las autoridades en cuanto la forma de aplicación, además no se ha interpretado adecuadamente y existe el temor y la renuencia a desatender las leyes internas para aplicar las internacionales en los casos que fuera necesario, defendiendo nuestro máximo tribunal una postura positivista de respeto a la soberanía nacional aunque ésta, en algunos casos, resulta contraria a los Derechos Humanos.

El Control de Convencionalidad implica que las autoridades analicen, interpreten y ponderen todas las leyes ordinarias y actos de autoridad con lo establecido en la Constitución y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, dándole la mayor protección a las personas, sin importar si dicho beneficio se encuentra en un reglamento, ley ordinaria, Constitución o Tratados Internacionales; en materia de Derechos Humanos no debe existir jerarquía, respetándose la universalidad de los derechos y el principio pro homine.

La forma en que las autoridades deben de ejercer este control de convencionalidad debe ser más práctica, respetando los derechos humanos sin importar en qué ordenamiento legal, nacional o internacional, se encuentren.

3. Objetivos generales y específicos

El objetivo general del presente capítulo es ilustrar no sólo a los estudiosos y doctrinarios del derecho, sino también a las autoridades encargadas de implementar el Control de Convencionalidad, explicándoles de una manera más digerible y concreta la forma en que debe realizarse respetando su finalidad que es la protección de los Derechos Humanos, sin importar en qué ordenamiento legal se encuentren.

Los objetivos específicos son:

Conocer la concepción y el surgimiento del Control de Convencionalidad en México para comprender su finalidad; analizar lo que México ha hecho en cuanto a su

aplicación y si estas acciones han sido congruentes con lo que se buscaba al implementar este control.

Una vez contextualizado el panorama actual, debemos concentrarnos en lo que se ha dicho acerca del tema, los pronunciamientos que ha emitido la Corte para aclarar y esquematizar los pasos a seguir, veremos si con ello ha quedado claro y las autoridades han logrado implementar el Control de Convencionalidad.

Se pretende analizar la clave del Control de Convencionalidad, es decir, el principio pro persona, además de cuáles han sido las limitaciones que se han dado en México y cuál es el alcance de este principio reconocido no sólo en nuestra Carta Magna sino también en ordenamientos internacionales.

Otro objetivo es hacer este estudio más práctico que teórico, pensando en la problemática diaria de las autoridades, planteando soluciones y dando una idea de cómo pueden llegar a solucionar incluso problemas de jerarquización de derechos mediante la ponderación.

4. Bibliografía que presente los antecedentes

El tema de estudio ha sido estudiado por muchos teóricos, entre ellos, el ilustre juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eduardo Ferrer Mac Gregor, Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, Miguel Carbonell, Miguel Cobian Andrade, Juan Carlos Hitters, Ricardo Gustini, Carl Schmitt, Diego Valades, Sergio García Ramírez, Pedro Salazar, Jorge Carpizo; los universitarios Jorge Olvera García, Enrique Uribe Arzate, César de Jesús Molina Suárez, Rafael Santacruz Martínez.

También los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han realizado diversos estudios jurídicos acerca de este tema, como Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero.

5. Marco teórico

Para hablar de Control de Convencionalidad en el nuevo sistema constitucional mexicano es necesario tener claros los siguientes conceptos:

Justicia Constitucional. Es el anhelo jurídico de hacer valer y respetar lo establecido en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a través de diversos medios de protección, como lo son por antonomasia el juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, sumándose a ellas el Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad.

La constitucionalidad. Es la calificación que se le da a todo acto jurídico y de autoridad que es conforme a los principios y disposiciones contenidos en la propia Constitución, es la herramienta principal del derecho procesal y de la justicia constitucional. Así mismo, la convencionalidad es la misma calificación que se le da a los actos jurídicos que están conforme a los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.

Por lo anterior, el Control de Convencionalidad es un ejercicio en el que se debe analizar si la norma que se pretende aplicar no viola ningún derecho humano contenido en convenciones o Tratados Internacionales de la materia en los que México sea parte, para lo cual veremos que de primera cuenta resulta indispensable contar con toda la gama de tratados, convenciones, declaraciones y criterios internacionales relacionados con los Derechos Humanos para tener noción de los Derechos Humanos que en ellos se protegen y después realizar el examen si la norma interna no va en contra de dichas prerrogativas.

6. Estado del conocimiento del objeto de estudio

El Control de Convencionalidad como objeto de estudio del presente capítulo ha sido por demás estudiado a partir de la Reforma Constitucional del 2011, pues al ser un nuevo medio de Control Constitucional que deben aplicar de oficio por todas las

autoridades es importante estudiar, aclarar, interpretar e incluso experimentar el tema.

Por ello, resulta ser un tema actual del que todavía se sigue aprendiendo, pues a pesar de ya haber pasado cuatro años de su vigencia sigue siendo poco cumplido por los obligados, por lo que quiere decir que aún no queda claro, siendo necesario un estudio más profundo.

El Control de Convencionalidad es un ejercicio que se implementó en el Sistema Constitucional Mexicano a raíz de la reforma Constitucional del 2011, el cual va implícito en el segundo párrafo del referido artículo, pues se establece que las normas relativas a los derechos humanos deberán ser interpretadas de conformidad con lo establecido en la propia Constitución y en los Tratados Internacionales de la materia, siempre con el objetivo de favorecer en todo momento con la protección más amplia a las personas.

Párrafo que ha sido objeto de innumerable análisis por parte de diversos doctrinarios e incluso de la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin que hasta el momento se haya llegado a un establecimiento convincente de la trascendencia que conlleva el principio pro homine, pues en diversas ocasiones la Corte ha manifestado que este artículo debe interpretarse en relación con el 133 de la misma Carta Fundamental, respetando la supremacía constitucional; sin embargo, puede suceder que ésta no garantice la mayor protección de las personas, por lo que resultaría contradictorio el precepto constitucional con las diversas interpretaciones y jurisprudencias emitidas por nuestro máximo tribunal.

Así mismo, el Control de Convencionalidad no sólo se limita a esto sino que también, en estos cuatro años de vigencia, se aprecia una grave deficiencia e inaplicación por parte de todas las autoridades que están obligadas al control ex officio. La protección a los derechos humanos ha superado las fronteras de los Estados brincando la barrera de la soberanía nacional, convirtiéndose en una obligación de todos los

Estados, pues de lo contrario nos seguiremos viendo evidenciados internacionalmente con sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e incluso de otros organismos jurisdiccionales internacionales, en las que se obligue al Estado Mexicano a reformar y tomar medidas más serias en este tema, precisamente como fue la sentencia que dio origen al expediente varios 912/10 que a su vez causó la reforma constitucional que se analiza.

El texto está en nuestra constitución el problema es cumplirlo, reflejarlo en la realidad, hacer lo concerniente en cada uno de los ámbitos competenciales, no se ha logrado y debemos buscar por qué para poder solucionar esta deficiencia.

Este problema considero que es interesante y trascendental para México, desde el ámbito internacional, pero más aún en lo nacional, porque somos precisamente los mexicanos los que nos vemos desprotegidos y vulnerados en nuestros derechos fundamentales, no puede ser posible que una Corte Internacional nos dé mejor protección que nuestro mismo Estado. Las autoridades deben aprender a ejercer el Control de Convencionalidad de manera cotidiana para que poco a poco se disminuya la violación a los derechos humanos en nuestro país.

Todas las autoridades en el ámbito de su competencia están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, interpretándolos de conformidad con la Constitución y los Tratados Internacionales, en cuanto a lo que más le favorezca a las personas, es decir ejerciendo un control de Convencionalidad. Sin embargo, en el ejercicio práctico las autoridades desconocen la forma y términos en que debe hacerse; la actividad cotidiana los lleva a enfrentarse con diversos problemas de interpretación, aplicación, ponderación y jerarquización de las normas, pues muchas veces se advierten colisiones entre diversas disposiciones normativas, por lo que según el artículo constitucional se debe de buscar el mayor beneficio de las personas; sin embargo, si ese beneficio va en contra de la misma norma suprema, no se establece qué es lo que debe prevalecer.

El Control de Convencionalidad implica que las autoridades analicen, interpreten y ponderen todas las leyes ordinarias y actos de autoridad con lo establecido en la Constitución y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, dándole la mayor protección a las personas, sin importar si dicho beneficio se encuentra en un reglamento, ley ordinaria, Constitución o Tratados Internacionales; en materia de Derechos Humanos no debe existir jerarquía, respetándose la universalidad de los derechos y el principio pro homine. La forma en que las autoridades deben de ejercer este control debe ser más práctico y comprensible para todas.

7. Metodología general

El presente trabajo es documental, ya que se aplicaron diversos métodos de investigación, como el histórico; partimos de una breve remembranza de dónde, cómo y porqué surgió el Control de Convencionalidad en México, ello en búsqueda de la finalidad que se tenía al momento de su implementación para que con el desarrollo de la investigación logremos determinar si se han alcanzado dichos fines.

También se utilizó una metodología para esta investigación de tipo jurídica principalmente dos métodos: uno de tipo lógico y otro epistemológico. Del lógico utilizamos la deducción pues partiremos de aspectos generales como lo es conceptualizar y estableces precisamente las generalidades del Control de Convencionalidad, para poco a poco ir aterrizando al tema particular de investigación que es determinar sus alcances y limitaciones. Del epistemológico aplicaremos el método analítico y sintético como complemento de éste, pues se analizará la figura jurídica del control de convencionalidad culminando con una síntesis y también aplicaremos de manera muy general el analógico al comparar casos prácticos actuales y la manera en que se llevó a cabo cada uno.

En cuanto a las técnicas a aplicar será únicamente la documental pues se analizara la información obtenida de libros de doctrinarios, la legislación y la jurisprudencia, así también un poco de hemerografía para ver periódicos, revistas y otros artículos

donde encontremos algunos casos relevantes del Control de Convencionalidad en México

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL NUEVO SISTEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO: ALCANCES Y LIMITACIONES

Guadalupe Valdés Hurtado¹

SUMARIO: 1. Consideraciones previas, 2. Nuevo Sistema Constitucional Mexicano, 3. Realidad y problemática en el Control de Convencionalidad, 4. Pasos para ejercer Control de Convencionalidad, 5. Alcances y limitaciones del Principio Pro Persona, 6. Ponderación: una herramienta para la aplicación del principio Pro Persona, 7. Principio Pro Persona vs Supremacía de las restricciones a los Derechos Humanos contenidas en la Constitución, 8. Conclusiones, 9. Fuentes consultadas.

1. Consideraciones previas

El Control de Convencionalidad es un ejercicio que se implementó en el Sistema Constitucional Mexicano a raíz de la reforma constitucional del 2011, el cual va implícito en el segundo párrafo del artículo 1°, pues se establece que las normas relativas a los derechos humanos deberán ser interpretadas de conformidad con lo establecido en la propia *Constitución* y en los Tratados Internacionales de la materia, siempre con el objetivo de favorecer con la protección más amplia a las personas.

Este párrafo del artículo constitucional mencionado ha sido objeto de innumerables análisis por parte de diversos doctrinarios e incluso de la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin que hasta el momento se haya llegado a establecer convincentemente la trascendencia que conlleva los principios de interpretación conforme y *pro homine*, pues en diversas ocasiones la Corte ha manifestado que este artículo debe interpretarse en relación con el 133 de la misma Carta Fundamental, respetando la supremacía constitucional; sin embargo, puede suceder que ésta no garantice la mayor protección de las personas, por lo que

¹La autora es Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México, condecorada con la presea “Ignacio Manuel Altamirano” versión 2012. Diplomado en Juicios Orales en materia Penal. Maestrante en Justicia Constitucional por la Universidad Autónoma del Estado de México.

resultaría contradictorio el precepto constitucional con las diversas interpretaciones y jurisprudencias emitidas por nuestro máximo tribunal (Ferrer, 2011).

En razón a lo anterior escribimos el presente capítulo, partiendo de que el Control de Convencionalidad es demasiado amplio y es evidente que en estos más de cuatro años de vigencia de la reforma Constitucional que lo implementa, la deficiencia en su concepción y la inaplicación por parte de todas las autoridades que están obligadas al control *ex officio* es muy frecuente.

La protección a los derechos humanos ha superado las fronteras de los Estados brincando la barrera de la soberanía nacional, (aunque muchos doctrinarios y los mismos ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sigan negándose a aceptarlo), convirtiéndose en una obligación de todos los Estados, pues de lo contrario nos seguiremos viendo evidenciados internacionalmente con sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e incluso de otros organismos jurisdiccionales internacionales, en las que se obligue al Estado Mexicano a reformar y tomar medidas más serias en este tema, precisamente como fue la sentencia que dio origen al expediente “Varios 912/10” que, a su vez, causó la reforma Constitucional que se analiza.²

El texto está en nuestra *Constitución* el problema es cumplirlo, reflejarlo en la realidad, hacer lo concerniente en cada uno de los ámbitos competenciales. No se ha logrado y debemos buscar el por qué para poder solucionar esta deficiencia. De esta manera, es como veremos que el Control de Convencionalidad trae grandes alcances y beneficios para la sociedad, pero a la vez, aún se encuentra limitado desde su concepción hasta su aplicación.

2. Nuevo Sistema Constitucional Mexicano

Es pertinente enfatizar que nuestro sistema constitucional el día de hoy es distinto al que estaba vigente en México antes de la reforma de junio de 2011, el cuál era un

² Resolución dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente “Varios 912/2010”, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 29 de septiembre de 2011, en relación al caso Rosendo Radilla Pacheco.

sistema concentrado, es decir, el encargado de revisar si las normas eran constitucionales o no y quien conocía de las violaciones a los derechos humanos era el Poder Judicial de la Federación, mediante las facultades que se le concedían en los artículos 103 y 107 Constitucional, en otras palabras, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales Colegiados de Circuito, los Tribunales Unitarios, el Tribunal Electoral y los Juzgados de Distrito, eran los encargados de desarrollar los medios de control que nuestra *Constitución* establecía para revisar los actos y las normas de las autoridades, que podían ser violatorios de derechos humanos; dentro de estos mecanismos concretamente encontrábamos las Controversias Constitucionales, las Acciones de Inconstitucionalidad, el Juicio de Amparo, el Juicio para la protección de los Derechos Político Electorales del ciudadano y el Juicio de revisión Constitucional Electoral, siendo estos los únicos mecanismo para hacer valer las violaciones a los derechos humanos o anteriormente llamadas garantías individuales.³

Sin embargo, en junio de 2011 se reforma la *Constitución* y se establece la obligación a todas las autoridades de respetar y hacer valer los derechos humanos, mediante un nuevo modelo de protección, reforma a la que se le unió, cuatro meses después, en octubre de 2011, la resolución de la Corte, en el expediente “Varios 912/2010”, del caso de Rosendo Radilla Pacheco el cual fue condenado en México; con estos dos acontecimientos evolucionó el sistema constitucional mexicano y se estableció un sistema difuso de control de la constitucionalidad.

Pero a pesar de ello, el sistema de control concentrado no desapareció, subsistiendo ambos sistemas, por lo que se considera que se formó un sistema de

³El Sistema de Control Concentrado es una de las clasificaciones de Control Constitucional; de acuerdo con el número de órganos que lo ejercen, y anterior a la reforma del artículo 1° constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación había emitido diversos criterios en los que establecía que únicamente este órgano era el que podía llevar a cabo el control constitucional; como lo son las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 que aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5 tituladas “Control judicial de la *Constitución*. Es atribución exclusiva del poder judicial de la Federación” y “Control difuso de la Constitucionalidad de las normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la constitución”, respectivamente.

Control Constitucional **mixto**, el cual goza de dos particularidades importantes que se analizan:

La primera es que se trata de un control ejercido por todas las autoridades de todos los niveles, todos los operadores de la administración de justicia sin importar que no pertenecen al Poder Judicial Federal, pueden revisar, en el ámbito de su competencia si las leyes o los actos de las autoridades violan derechos humanos, es decir, sigue existiendo el control directo por parte del Poder Judicial Federal, pero también existe uno indirecto por parte de todas las demás autoridades que no pertenecen al Poder Judicial Federal (Highton, 2010); y la segunda es que esta actividad no la realizan de forma incidental, es decir, ajena al expediente o al caso que conocen, o comúnmente llamado por cuerda separada, sino que dentro del mismo asunto ejercen este control de constitucionalidad (Brage, 2014).

Aunado a ese control constitucional que debe realizarse, también existe el control de convencionalidad que, como ya mencionamos, se fundamenta en el artículo primero constitucional que hace alusión a que se protegerán los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, entonces, la autoridades deberán analizar si determinada ley es violatoria de derechos humanos consagrados en la Constitución o en la Convención Americana de Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y demás tratados en los que México participe.

Es de esta manera que los mecanismos que mencionamos ya no son los únicos medios de Control Constitucional, pues ahora se podría decir que incluso los juicios civiles, penales, laborales, administrativos, los de cuantía menor, en general, todos los juicios sin importar su naturaleza son medios de control constitucional y convencional, pues en cada uno de ellos, los jueces pueden advertir violaciones constitucionales y aplicar lo que mayor beneficio le conlleve a las partes.

Por lo anterior, es pertinente concretar lo que es el Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad, como lo menciona el doctor Eduardo

Preciado Briseño en el debate planteado dentro del Seminario organizado por el Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, en estos controles se trata de examinar o empatar un acto o una norma con la *Constitución* y con los tratados internacionales, pero no todos los tratados, sino únicamente los que contengan una disposición referente a derechos humanos y que México los haya suscrito, entonces todas las autoridades, incluidos los jueces deben realizar ese examen de compatibilidad entre el acto y la norma que tienen en su criterio y la *Constitución*. Este examen se realiza mediante un método llamado hermenéutica conforme o interpretación conforme, utilizando los principios jurídicos que establece el artículo constitucional, el de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, a efecto de que los actos y las normas no violen derechos humanos ni contravengan la *Constitución* y los tratados internacionales, es decir, deben ser compatibles (Preciado, 2012).

La doctrina del Control de Convencionalidad fue creada por las Cortes Internacionales con el fin de generar un sistema supranacional de derecho constitucional válidamente aplicable en los estados que forman parte de los tratados en materia de derechos humanos. Dicho control de convencionalidad pretende que los tribunales nacionales evalúen y comparen el derecho local con el supranacional y ejerzan un control ex officio entre las normas internas y la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta directriz fue creada en nuestro sistema regional, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el Caso Almonacid contra Chile en el año 2006 y con posterioridad ha sido perfeccionada en diversos fallos subsecuentes.⁴

El Control de Convencionalidad, como su nombre lo indica, procura hacer prevalecer la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, sobre las reglas locales que se le oponen. El objetivo del control de

⁴ Caso Almonacid Arellano contra Chile, sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 26 de septiembre de 2006, en el cual se condenó al Estado chileno por diversas violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos en perjuicio de la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y de los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez.

convencionalidad es determinar si la norma nacional enjuiciada a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es o no “convencional”, esto es, acorde con tal convención. Se trata, entonces, de un análisis de confrontación normativa. En otras palabras, el control de convencionalidad implica buscar la compatibilidad entre las normas de derecho interno y la Convención Americana con base en una interpretación expansiva de esta última para generar un espectro de mayor alcance en favor de la persona. Lo anterior implica que todos los operadores jurídicos deben armonizar las normas nacionales y las convencionales para establecer una efectiva protección de los derechos humanos en pro de las personas.

Entendido esto, mencionemos algunas características del Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad, a las que hace referencia el Doctor César Molina Suárez, durante su conferencia magistral “El Control de Convencionalidad. Perspectiva en los Tribunales Contencioso Administrativos de México” impartida el 07 noviembre 2013 en el Instituto Universitario Franco Inglés de México.

Refiere que la primer característica es que debe de ejercerse de **oficio**, como bien lo ha referido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, todos los jueces son *ex officio*, jueces de control constitucional y deben ejercer de **oficio** este control (Molina, 2013), en otras palabras, todos los jueces del país, de todas las materias y de todos los niveles, a partir de la reforma Constitucional, por el sólo hecho de ser jueces ahora se convierten en jueces de Control Constitucional y Convencional, sin necesidad de tener un nombramiento como tal, ni agregar en sus atribuciones, explícitamente, la facultad de controlar la *Constitución* y los tratados internacionales, esto significa que obtuvieron este nombramiento *ex officio*, es decir, por el solo hecho de ser jueces, pero su actuar debe ser de oficio, en otras palabras es una obligación constitucional, la cual necesariamente debe ser cumplida por los jueces y por todas las autoridades, en virtud de ser un mandato constitucional que no queda a su albedrío.

México ha suscrito la Convención Interamericana de Derechos Humanos, por lo tanto se tiene que cumplir con las disposiciones contenidas en ella y en sus protocolos, asimismo, se reconoce el carácter vinculante de los fallos de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, ante lo cual, resulta indispensable tomar en cuenta sus criterios y jurisprudencia, porque de no hacerlo las autoridades pueden llevar al Estado mexicano a una responsabilidad internacional, comprometiéndolo incluso a posibles condenas que ante la globalización e internacionalización resulta sumamente vergonzoso evidenciar a niveles internacionales la falta de protección que México tiene de los derechos humanos o incluso, el escaso nivel interpretativo de las autoridades mexicanas.

De lo anterior deviene la siguiente característica, pues se trata de una situación no optativa si no que **forzosamente** se tiene que cumplir, de ahí la importancia de entender el Control de Constitucionalidad y Convencionalidad, lo que pareciera que es una moda o incluso algo ya por demás estudiado, sin embargo, dada la importancia y trascendencia que esto tiene a nivel internacional, se trata de hacerlo real y efectivo, materializarlo y hacerlo accesible a los ciudadanos. Situación que muchos estudiosos del Derecho Constitucional hemos analizado, expresado la necesidad y sobre todo urgencia que México tiene en acatar todos los criterios internacionales y velar con una verdadera protección de los Derechos Humanos en nuestro país (Molina, 2013).

Es precisamente este el mensaje que la Corte Interamericana de Derechos Humanos envió a México, en la sentencia relativa al caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, al referir que todos los jueces y órganos que realicen funciones jurisdiccionales desde una perspectiva material “*deben*” ejercer control de convencionalidad, considerándose como una obligación y no una facultad discrecional.⁵

⁵Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México, sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 26 de noviembre de 2010, en el cual se condenó al Estado Mexicano por diversas violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos, en específico por la violación al derecho a la libertad e integridad personal, así como diversas violaciones procesales y la omisión de investigación de delitos, todo en perjuicio de los señores Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores.

Por lo tanto, todos estos órganos tienen la misión importante de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso asumió. De esta forma los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normativa internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados mexicanos.

Por otro lado, una característica importante del Control de Constitucionalidad es el efecto producido, pues en el Control Constitucional concentrado se tenía como consecuencia la **invalidez** de las normas o de los actos por considerarlos inconstitucionales y violatorios de las garantías individuales, en cambio, el Control de Constitucionalidad difuso únicamente trae como consecuencia la **inaplicación** de la norma que se considera inconstitucional o inconvencional, pero, es importante tener en cuenta que se llegará a la inaplicación de la norma, después de un ejercicio interpretativo y de compatibilidad entre la norma, la *Constitución* y los tratados internacionales, y sólo en el caso de que no exista compatibilidad se llegaría a la inaplicación (Ferrer, 2012), siempre respetando el mayor beneficio hacia la persona.

Situación que no debe de tratarse de manera superficial y arbitraria, en virtud de que si las autoridades deciden no aplicar determinada norma por inconstitucional, deben de tener un convincente sustento, fundamento y argumento; y ya que se llegó a la inaplicación es importante tener en claro que en ningún momento se habla de la eliminación de la norma que se presume inconstitucional del ordenamiento jurídico, por lo tanto seguirá vigente, dejándose a salvo el derecho de los sujetos que así lo consideren para promover Juicio de Amparo, Controversia Constitucional o, si aún es posible, Acción de Inconstitucionalidad, a fin de expulsar del ordenamiento jurídico la norma que en determinado caso concreto fue inaplicada (Rosales, 2013).

El Juicio de Amparo tiene como efecto invalidar la norma inconstitucional, expulsándola del mundo jurídico, en cambio, en los juicios civiles, penales, administrativos, el efecto es, únicamente, la inaplicación de la norma inconstitucional,

en el caso concreto, teniendo un efecto inter partes. Por lo que, el control difuso de constitucionalidad no consiste simplemente en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al parámetro de convencionalidad, sino que implica, en primer término, tratar de “armonizar” la norma nacional con la convencional, lo cual significa, realizar una “interpretación conforme” de la norma nacional con la CADH, sus protocolos y la jurisprudencia convencional (como estándar mínimo), para “desechar” aquellas interpretaciones contrarias o incompatibles al parámetro convencional; por lo que en realidad se analiza un control de la interpretación que no cubre dicho parámetro (Ferrer, 2012).

Por ello, el único efecto que conlleva el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad es la inaplicación de la norma, lo que quiere decir que ésta seguirá existiendo en el mundo jurídico y si el afectado no promueve juicio de amparo la norma seguirá siendo válida y por lo tanto sujeta del criterio de la autoridad que la interprete para que sea aplicada o no, por lo que consideramos que, si bien es cierto, el Juicio de Amparo sigue siendo por excelencia el único mecanismo mediante el cual se puede declarar la invalidez de una norma por inconstitucional, otorgando previamente la garantía de audiencia al órgano autónomo que la creó, también lo es que resulta demasiado tedioso que las autoridades analicen su constitucionalidad y convencionalidad cada vez que se encuentren en la posibilidad de aplicarla, a pesar de que algunos otros colegas hayan advertido su inconstitucionalidad, en diversos casos ya resueltos.

O bien, también resulta fastidioso que el sujeto de derecho dependa del juzgado o la autoridad que conozca de su asunto para ver si le aplican o no la norma que quizá otro juez ya ha declarado inconstitucional, es decir es un trabajo constante por parte de las autoridades; pero por el contrario, si bien podríamos decir que, como la jurisprudencia de la Corte, cuando existan varios criterios en un mismo sentido se determine que dicha norma deberá inaplicarse por inconstitucional, dichas circunstancias serían gravemente violatorias principalmente de la garantía de audiencia hacia la autoridad que emitió la norma considerada inconstitucional, aunado a que no se puede generalizar, pues el precepto constitucional establece que se hará la

interpretación de acuerdo a lo que más le favorezca a la persona, por lo que en un determinado caso podrá favorecerle la inaplicación y en otro, por el contrario, podría traerle mayor beneficio su aplicación.

Este razonamiento lo realizamos a fin de evidenciar que las autoridades ya no pueden actuar por machote, es decir, ocupando el mismo criterio para todos los casos, tendrán que individualizar y estudiar cada uno de ellos para hacer una verdadera protección a los derechos humanos, situación que no es fácil pero con la práctica constante deberá irse logrando poco a poco, aprendiendo y apoyándose de los criterios de las autoridades federales.

3. Realidad y problemática en el Control de Convencionalidad

El tercer párrafo del artículo 1º constitucional vigente, establece que todas las autoridades en el ámbito de su competencia, están obligadas a respetar los derechos humanos consagrados en la *Constitución* y en los tratados internacionales de los que México sea parte⁶, por lo que estamos en presencia de una obligación constitucional para ejercer control de constitucionalidad y de convencionalidad; sin embargo, a excepción de los escuetos criterios de la Corte, no se ha establecido de forma específica, cómo se deben hacer estos controles; es por ello que, en la actualidad, muchas autoridades, siguen sin cumplir con esta obligación.

En la mayoría de los casos, es en el ambiente jurisdiccional donde se protegen Derechos Humanos, sin embargo, los jueces siguen enfrentándose a muchos problemas, como el ser subjetivos y parciales al momento de la aplicación de la norma, es por eso que temen ejercer estos tipos de controles y salvaguardar los derechos humanos, pues ello conlleva la inaplicación de las normas internas que se consideren contrarias a los principios constitucionales o a lo establecido en los tratados internacionales, pues, como lo veremos más adelante, éste es el paso final que la Corte ha determinado dentro de los pasos a seguir en el Control de Convencionalidad.

⁶ Artículo 1 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* vigente a partir de junio de 2011.

Pero es necesario recordar que el precepto constitucional no se refiere únicamente a las autoridades jurisdiccionales, (que a pesar de no ser propiamente constitucionales, tienen que realizar un estudio de constitucionalidad y convencionalidad), sino que, el artículo primero, generaliza englobando *a todas las autoridades, que en el ámbito de su competencia*, deben de procurar la protección de los derechos humanos, es decir, las autoridades administrativas y legislativas, en su función diaria, deben procurar la protección de los derechos humanos, lo cual, muchas veces, les puede resultar complicado, pues al no ser su actividad cotidiana la interpretación de la ley, es más difícil realizar un control de protección a los derechos humanos.

Aunado a este desconocimiento práctico que poseen muchas de las autoridades mencionadas, el Estado Mexicano tampoco ha instrumentado mecanismos de control preventivo para evitar violaciones a los derechos humanos, tal y como lo dispone el mencionado párrafo tercero del artículo 1° de la *Constitución* mexicana.

Antes de iniciar con el análisis del control de convencionalidad, debemos recordar que, tal y como lo dice el artículo 40 constitucional, México está conformado en una Federación, es decir, el Estado Mexicano está compuesto por Estados libres y soberanos unidos en una Federación, según los principios establecidos por la propia ley fundamental.⁷ Por ello, se entiende que al estar constituidos en una Federación, cada Entidad Federativa tiene repartidas sus funciones de acuerdo a su ámbito competencial y territorial, por ende existen autoridades en cada nivel de gobierno.

De esta forma, para dar cumplimiento a la distribución de competencias, nuestra *Constitución* establece en sus diversos artículos, qué actividad corresponde a cada nivel de gobierno, aunque, a pesar de esta delimitación, existen diversas controversias constitucionales por la invasión de competencias; por una parte tenemos que el artículo 124 Constitucional, es claro en establecer una competencia

⁷ Artículo 40 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* vigente.

residual a favor de las autoridades de los Estados, en la que se deja abierta la actividad de las entidades federativas, quienes pueden hacer todo lo que no esté especialmente designado a los poderes federales; también existen varias prohibiciones absolutas y relativas, las primeras establecidas en el artículo 117 y las segundas en el artículo 118 y 46 constitucionales, aunque este artículo en realidad no establece prohibiciones, sino facultades relativas. Aunado a ello, existe la delimitación competencial para los municipios y para el Distrito Federal (artículo 115 y 122 constitucional, respectivamente) quienes tienen otras competencias bien establecidas (Molina, 2011).

Es importante tener en cuenta esta delimitación territorial y competencial, pues no nos olvidemos de que estábamos tratando de la obligación que tienen todas las autoridades, en el ámbito de su competencia, por ello primero debemos de saber cuál es su competencia, para después poder identificar que todas las autoridades, incluso las municipales, deben de cumplir con la multicitada obligación constitucional, pues a cada una de estas autoridades les corresponde proteger los derechos humanos, ya que si bien es cierto algunas actividades están designadas exclusivamente a las autoridades federales o locales (como en el caso de lo establecido en el artículo 122 constitucional), el artículo 1° constitucional, actualmente obliga a todas las autoridades a conocer los derechos humanos establecidos en la propia *Constitución* y aún más en los tratados internacionales, ello con la finalidad de que sean aplicados y respetados por todos, sin importar el nivel de gobierno o competencia territorial que ejerzan.

Es así, como se puede entender que la *Constitución*, contrario a lo señalado en la teoría de Burgoa, se refiere a que ningún reparto competencial puede servir de excusa para que alguna autoridad deje de observar lo que disponen las normas constitucionales protectoras de derechos fundamentales. La reforma constitucional del 2011 puso en el centro de la actuación del Estado mexicano a los derechos fundamentales, incluso por encima del esquema de distribución de competencias, que es connatural a la estructuración federal de nuestro país (Carbonell, 2012).

De la misma forma, es pertinente hacer un breve comentario respecto a la nueva denominación constitucional de los derechos, ya no llamados garantías individuales sino derechos humanos. Esta nueva denominación y redacción trae consigo un reconocimiento abundante del cuerpo normativo internacional asociado con la relación entre el Estado y las personas que busca la mayor protección de los derechos humanos. Existen autores que tienen en debate, cuál es la mejor expresión que puede utilizarse para denominar a este tipo de derechos consagrados en nuestra *Constitución*, si realmente son derechos humanos o sólo son derechos fundamentales.

Para Miguel Carbonell, desde la perspectiva de la dogmática jurídica, deberían llamárseles “derechos fundamentales” porque provienen de documentos fundamentales, como las constituciones o la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Carbonell, 2004); asimismo, Eusebio Fernández coincide en que la mejor denominación debe ser “derechos fundamentales” pero sus motivos son otros, él considera que debe ser así por la trascendencia de los bienes primarios que estos derechos protegen como lo son la libertad, la integridad personal, la salud, la alimentación, etcétera (Fernández, 1982); de esta misma forma, nosotros consideramos que la denominación más apropiada debería ser derechos fundamentales, compartiendo la teoría de Eusebio Fernández, al analizar que son derechos que protegen lo fundamental de un ser humano, sin embargo también así los consideramos porque nuestra Constitución solamente establece ciertos derechos, es decir, no todos los derechos humanos que existen están contenidos expresamente en nuestra *Constitución*, aunque, en realidad se encuentran reconocidos indirectamente, pues se dice que todas las personas gozarán de los derechos consagrados en nuestro máximo ordenamiento legal y los establecidos en los tratados internacionales, por ello, nuestra *Constitución* solamente establece algunos de ellos, los esenciales, es decir, los fundamentales, pero a pesar de no estar de acuerdo con la denominación, en el desarrollo de este trabajo utilizaremos el término “derechos humanos” por ser ésta la denominación que se encuentra vigente en nuestra *Carta Magna*.

4. Pasos para ejercer Control de Convencionalidad

La problemática descrita anteriormente es una de las grandes limitaciones del Control de Convencionalidad, pues no olvidemos que sea mediante la herramienta que sea, las autoridades, en el control *ex officio*, van a determinar la constitucionalidad y convencionalidad de las leyes o actos de manera subjetiva y unilateral aunque pueda convalidarse con su argumentación; ante tales imprecisiones o limitaciones, es que nuestro máximo Tribunal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha realizado una interpretación y ha emitido una tesis aislada con la pasos que deben seguir las autoridades para ejercer control de constitucionalidad y convencionalidad a fin de proteger los derechos humanos de las personas, la cual a letra dice:

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. *La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país —al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano—, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas*

anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte. PLENO VARIOS 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXIX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. (Tesis P. LXIX, 2011: 552).

Es decir, se establecen tres pasos principales a seguir que en esencia tratan de interpretar las leyes, normas o actos conforme a lo dispuesto por la *Constitución* y los tratados internacionales, lo que traería como resultado la inaplicación de la norma que se considere inconstitucional o inconvenional, lo cual abundaremos más en los siguientes párrafos, por el momento debemos enfatizar que si bien no existen como tal lineamientos o directrices que les indiquen a las autoridades cómo respetar los derechos humanos, la *Constitución* establece principios que se deberán tomar en cuenta y con las interpretaciones que la Corte realiza, se abre el panorama, a fin de que se logre cumplir con la obligación constitucional.

La tesis antes citada comprende la interpretación conforme en un sentido amplio, que engloba tres aspectos: a) el primero de ellos, es que obliga a todos los jueces y todas las autoridades de todo el país, de todos los niveles competenciales a ejercer esta protección; b) debiendo interpretar las normas jurídicas vigentes a la luz de la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos y c) favoreciendo en todo momento a la protección más amplia bajo el principio pro persona; es decir, todas las autoridades, al momento de aplicar un precepto jurídico

contenido en leyes federales, locales, municipales e incluso reglamentos, decretos o bandos, deberán cuestionarse si se contraponen con algún derecho humano o con lo preceptuado en alguna otra norma de mayor jerarquía, y si observan que existe esa contraposición deberán determinar qué disposición le favorece más a la persona, identificado lo anterior se procederá a realizar el siguiente paso establecido por la Suprema Corte, referente a una interpretación en sentido estricto; en otras palabras, debe partirse de la presunción de la constitucionalidad de la norma, realizando diversas interpretaciones y quizá muchas de ellas las consideraran jurídicamente válidas pero deberá identificarse cuál de ellas le es más favorable a la persona y evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de los derechos humanos, si en estos dos aspectos no se logra salvar la norma y se observa que si es inconstitucional o inconvencional, violatoria de derechos humanos, entonces se llegará a la inaplicación de dicha norma, pero solamente siguiendo todo este camino interpretativo. Lo que en teoría parece ser sencillo, reflejarlo en la realidad y ejercerlo no lo es (Molina, 2013).

Es por ello, que a las autoridades les sigue costando trabajo entenderlo y comprender la verdadera importancia que tiene una correcta interpretación de las normas constitucionales y de la protección de los derechos humanos, pues si las autoridades no lo hacen correctamente pueden llevar al Estado mexicano a una responsabilidad Internacional y hacer que se condene a México por violar alguna disposición internacional de protección a los derechos humanos, de ahí que es urgente y necesario que todas las autoridades se capaciten, estudien y más que nada se atrevan a ejercer estos controles, pues nuestra *Constitución* vigente así lo establece.

Sin embargo, tal parece que, por el momento, esta reforma constitucional, está resultando ineficaz desde todos los ámbitos, por lo que deberíamos optar por considerar otras alternativas, como lo es la posibilidad de implementar un verdadero Tribunal Constitucional, con las características particulares que debe tener; no una Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se erige como tal sin serlo, sino un Tribunal Constitucional que sería el encargado, exclusivo, de analizar la constitucionalidad y convencionalidad de los actos de autoridad y leyes, logrando de

esta manera que los justiciables, tengan la posibilidad de defender las violaciones a sus derechos humanos, en un Tribunal ajeno a los Poderes del Estado, pero al mismo tiempo, interno, sin tener que recurrir a los órganos internacionales, que aún con nuestra reforma, parecen ser los únicos realmente capacitados para garantizar la protección a los derechos humanos, lo que resulta totalmente inaceptable dentro de un Estado Constitucional.

El artículo 1° constitucional amplió de forma importante los autores responsables de garantizar los derechos humanos, es decir, todos los juzgadores y ahora operadores jurídicos involucrados con la administración de justicia deben de proteger los derechos humanos ejerciendo control de constitucionalidad y convencionalidad, situación que incluso a muchos estudiosos y practicantes del derecho les ha costado trabajo entender en la vida cotidiana.

Para realizar un correcto Control Constitucional y Convencional se requiere una intensa capacitación y actualización de los jueces sobre los contenidos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y particularmente, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como del funcionamiento de la nueva técnica interpretativa de las normas relativas a los derechos humanos previstas en la cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencionalidad), criterio hermenéutico, no optativo para el juez, sino que constituye un mandato constitucional obligatorio cuando se trate de interpretar normas de derechos humanos (Ferrer, 2011).

Es así como México, al haber adoptado la Convención Interamericana de Derechos Humanos y someterse a las consideraciones y fallos de la Corte tenía que reformar su Constitución, pues desde ya varios años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diversas sentencias venía sosteniendo:

Cuando un Estado ha ratificado un Tratado Internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no sea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones,

objeto o fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben de ejercer no sólo un control de Constitucionalidad, sino también Convencionalidad ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que este control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales o materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones (CIDH, 2006: 128).

Este pronunciamiento resulta ser muy interesante, pensando que el año en que se emitió fue en el 2006, cuando en México todavía existía un control de Constitucionalidad y de Convencionalidad concentrado y no estaban facultados todos los jueces de realizar un análisis en este sentido. Vemos entonces que México se tardó 5 años más en modificar su Constitución, sin tomar en cuenta las consideraciones que la Corte hacía en sentencia condenatoria para otros países, tuvo que ser hasta que condeno al propio México cuando se tomaron cartas en el asunto.

5. Alcances y limitaciones del Principio Pro Persona

El artículo 1º constitucional reconoce y garantiza todos los derechos humanos que se encuentran insertos textual e implícitamente en la propia *Constitución* pero también los contenidos en los Tratados Internacionales y esta legislación internacional es muy amplia pues se debe reconocer todos los tratados, convenciones y también las sentencias, resoluciones, observaciones generales, opiniones consultivas de los que México es parte e incluso de los que asuntos en los que no lo es; todos estos instrumentos jurídicos provienen de los diferentes comités internacionales pertenecientes a las Naciones Unidas que conforman lo que se conoce como *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De esta forma vemos que el cuerpo normativo que se debe de tomar en cuenta al momento de ejercer control de Convencionalidad es muy amplio, tan extenso que obliga a que las autoridades tengan a la mano todo el arsenal normativo aplicable a su función; puede ser que en un principio sea complicado dominar tantas disposiciones, pero poco a poco se va a ir haciendo más cotidiana esta función.

Sin embargo otro aspecto que se debe de tomar en cuenta para la correcta aplicación del Control de Convencionalidad, es lo que el mismo párrafo segundo del artículo primero constitucional refiere: “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” (CPEUM, 2011:1); dicho en otras palabras, respetando el principio **pro-persona**, el cual ha sido definido por la doctrina como un criterio hermenéutico en virtud del cual debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer derechos protegidos y, de manera inversa, a la norma o a la interpretación menos restrictiva cuando se trata de establecer limitaciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria (Pinto, 1997). Este mismo criterio ha sido adoptado por la jurisprudencia nacional mediante una tesis aislada de rubro “Principio pro personae”. El contenido y el alcance de los derechos humanos deben analizarse a partir de aquel” (Tesis XXVI, 2012: 659).

Por lo que, podemos considerar que el último enunciado del párrafo segundo del artículo 1º constitucional implica una jerarquización de derechos humanos, contraria al principio de indivisibilidad, que también menciona el artículo analizado, pues ¿cómo se va a identificar la protección más amplia de la persona, sino es con la jerarquización de valores?, pero jerarquizarlos nos lleva a otra gran problemática, pensemos en un conflicto donde se encuentran en choque dos derechos humanos se tendrá que dar preferencia al que mayor beneficio le dé a la persona, para lo cual se requiere del auxilio de un instrumento jurídico idóneo, que conozcan y sepan aplicar las autoridades, a fin de no vulnerar la indivisibilidad de los derechos, esta estrategia jurídica puede ser: **la ponderación de derechos humanos** que están en conflicto,

para poder definir qué derecho humano merece mayor relevancia frente a otro, sin que esto signifique una jerarquización y mucho menos un desconocimiento, identificar si se debe respetar un derecho sustentado para una persona o un derecho sustentado para una colectividad, es decir definir cuál es más importante, pero el principio de indivisibilidad nos dice que los derechos humanos son indivisibles en la medida en que no deben tomarse como elementos aislados o separados, sino como un conjunto, lo que no nos permitiría realizar la ponderación a la que nos referimos.

Incluso en los ordenamientos internacionales y algunos tratadistas como Jack Donnelly sostienen que el modelo de la Declaración Universal considera de forma holística a los derechos humanos reconocidos internacionalmente, como una estructura indivisible, en la cual el valor de cada derecho se va incrementando por la presencia de otros (Donnelly, 2004). Ante esto resulta sumamente complicado, separar los derechos humanos y tratar de definir cuál es el que mayor beneficio o protección les otorga a las personas.

De acuerdo al principio de igualdad que va implícito en el de interdependencia, desde la creación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 se discutía la conveniencia de incluir en un solo documento tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales, sin embargo algunos Estados alegaban la prioridad de los derechos económicos y sociales, argumentando que con la plena satisfacción de las necesidades sociales básicas haría posible la plena participación del individuo en otras actividades, pero, otros países sostenían la relevancia de los derechos civiles y políticos en virtud de que éstos, constituyen una condición indispensable para el individuo; por ello analizando cada una de estas posturas, vemos que ambas tienen razón y resulta ocioso tratar de definir cuáles son más importantes, pues como bien se estableció en la Proclamación de Teherán de 1968, al cierre de la primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos, “como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible” (ONU, 1968: 13).

O como bien quedo establecido en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobado en la Conferencia de Viena de 1993, que refiere:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de los particulares nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (ONU, 1993: 5).

6. Ponderación: una herramienta para la aplicación del principio pro persona

Sin duda, de acuerdo a las opiniones internacionales, respecto a la indivisibilidad de los derechos humanos, resulta complejo, para las autoridades, establecer qué derecho es más importante o merece mayor protección, sin embargo, bajo la obligación del segundo párrafo del artículo primero constitucional y el principio pro-persona, las autoridades deben de proteger los derechos humanos, aplicando siempre lo que más les favorezca a las personas, y cuando se encuentren en conflicto dos derechos humanos de aparente igual jerarquía, deberán realizar una interpretación de la norma, ley o la situación concreta de que se trate, utilizando alguna herramienta jurídica, que puede ser la ponderación entendida esta como una herramienta que va más allá que una mera subsunción.

Atendiendo a esto, resulta apropiado distinguir lo que es la subsunción y ponderación. En virtud de que las reglas se aplican mediante subsunción y los principios no la admiten como tal, éstos requieren una ponderación; entendiendo a la subsunción como un mero acto de aplicar el concepto ya dado, es decir, una adecuación de la norma jurídica al hecho concreto. Por ejemplo, la regla que castiga el asesinato se hace subsumiendo un determinado evento bajo el concepto de asesinato. Y la ponderación es más que un discurso de interpretación de los

principios constitucionales, la cual se da mediante una confrontación entre dichos principios y las reglas legales o constitucionales, por ejemplo, una regla o norma que atribuye a los extranjeros el derecho de voto en las elecciones comunales ¿es compatible o no con el principio de «soberanía nacional» [art. 3 de la Constitución francesa vigente]? (Guastini citado en Ortiz y Aquize, 2013).

Para Robert Alexy, la ponderación debe realizarse desde tres elementos: 1) La ley de ponderación, 2) la fórmula del peso y 3) la argumentación. Esto atendiendo precisamente a los casos difíciles, pues los casos fáciles no requieren de ponderación porque su solución se encuentra dentro de la misma lógica de la decisión judicial, con la mera aplicación de la ley, es decir basta con la subsunción; en cambio los casos difíciles deben tener un arsenal argumentativo de acuerdo a la ponderación que se realice, pues realizar un análisis valorativo de lo que vale más, atendiendo precisamente al principio pro persona y para el caso de que dos derechos fundamentales se encuentren en conflicto se debe buscar que prevalezca aquel que le depare menor perjuicio a la persona, aunque quizá en este punto nos podemos encontrar ante la presencia de cuestiones meramente subjetivas; un ejemplo claro de ello es: supongamos que una chica llega al hospital gravemente herida, que requiere transfusión sanguínea para salvar su vida, sin embargo de acuerdo a la religión o creencia que tienen sus padres, no le permiten que se le realice dicha transfusión, ante esta situación, que es lo que debe prevalecer ¿el derecho a la vida o la libertad de creencia?, he aquí un ejemplo de conflicto entre principios constitucionales, con aparente igual jerarquía, sin embargo se debe elegir cual es el que debe prevalecer, realizando esa ponderación, que en efecto se verá influenciada por el punto de vista subjetivo del juez que la realice, pues dependerá de muchos factores, uno de ellos, en nuestro estado democrático, en el cual separamos la iglesia del Estado, la respuesta más idónea sería el hacer que prevalezca la vida, pero eso implica vulnerar el derecho de las personas a una libertad de creencia e incluso de culto, pues quizá para ellos resulte mejor la salvación, de acuerdo a su creencia, que la propia vida. Es así como los jueces se ven en constante conflicto, debiendo aplicar la fórmula del peso entre dos derechos fundamentales y

principalmente la argumentación que den a su determinación es la que podrá validarla más (Bernal, 1989).

7. Principio pro persona vs supremacía de las restricciones a los Derechos Humanos contenidas en la *Constitución*

Con todo el análisis anterior, resulta interesante hablar de lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por fin resolvió, con la contradicción de tesis 293/2011, en el cual se debatió principalmente sobre la posición jerárquica de los derechos humanos contenidos tanto en Tratados Internacionales como en el propio ordenamiento jurídico nacional, pero también sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cuanto al primer tema, existieron dos principales opiniones, por un lado, los ministros del pleno defendían la correcta aplicación del principio *pro homine*, eliminando el debate de la jerarquía entre normas de derechos humanos contenidas en la *Constitución* y las contenidas en Tratados Internacionales suscritos por México; pero, por otro lado, el argumento consistía en que, tomando en consideración la supremacía de la *Constitución*, respetando lo establecido en el artículo 133, la aplicación de las normas de derechos humanos contenidas en Tratados Internacionales debía sujetarse a los límites y restricciones establecidos en la propia *Constitución*. Es decir, que en caso de contradicción entre normas de ambas fuentes, debía prevalecer, en todo caso, la norma establecida en la *Constitución*, tomando como sustento, también lo establecido en la parte final del primer párrafo del artículo 1° constitucional que establece:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece (CPEUM, 2011: 1).

Esta decisión fue aprobada por mayoría de 10 a 1 votos en el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el voto negativo del ministro José Ramón Cossío Díaz, lo que salió a la luz y termino de establecer el alcance de la reforma del artículo 1° constitucional, al publicarse el engrose y la tesis titulada “Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”(Tesis P./J. 20, 2014: 202), sin embargo, en nuestra opinión, no compartimos el criterio vertido por la mayoría de los ministros, pues esto quiere decir, que a pesar de todas las opiniones y criterios internacionales, en México sigue prevaleciendo el principio de supremacía constitucional y que nada por ningún motivo podrá estar por encima de la *Carta Magna*, ni siquiera todos los Tratados Internacionales que en materia de derechos humanos ha suscrito México, y no es porque nuestra opinión vulnere la supremacía constitucional, sino que consideramos que la protección de los derechos humanos no debe estar subordinada a qué ordenamiento la contempla, pues sin importan en donde se encuentre dicha protección, los derechos humanos y el principio pro persona debería ser lo que el Estado Mexicano considere como supremo en todos los casos.

Analicemos lo resuelto por nuestro máximo Tribunal. Si nos centramos en los conceptos de respeto al principio de supremacía constitucional e incluso soberanía nacional, parece ser que el criterio de la Corte es correcto, es lo que por antonomasia debe imperar en el sistema jurídico mexicano, sin embargo, vale la pena analizar, con un criterio más amplio y global lo que realmente ocurre en nuestro país. Veamos que simplemente la reforma Constitucional que aquí se analiza proviene de una sentencia internacional, es decir la Corte Interamericana **obligó** al Estado Mexicano a modificar su *Constitución*, esto nos dice que evidentemente existe una fuerza internacional superior a la propia Nación mexicana, que las decisiones en materia de derechos humanos han superado las propias normas federales, lo que evidencia que estamos en presencia de un ***Supra Constitucionalismo normativo en materia de Derechos Humanos***, a lo que obviamente los ministros de la Corte se niegan a aceptar explícitamente y siguen

dudando y emitiendo razonamientos contrarios, pues si el propio artículo 1° constitucional, en su segundo párrafo establece que las normas en materia de derechos humanos se interpretarán siempre en lo que resulte de mayor beneficio a las personas, quiere decir que incluso si algún derecho humano consagrado en Tratados Internacionales le trae mayor protección y beneficio que los consagrados en la *Constitución Federal*, se debería aplicar el Tratado Internacional, sin embargo la Corte vuelve a confundir a los encargados de ejecutar e interpretar los derechos, al pronunciarse que la *Constitución* es la que debe prevalecer, ¿y, que sucede si es precisamente, la *Constitución Federal* la que le depara mayor perjuicio al sujeto de derechos humanos?, respetar la propia *Constitución*, según el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, traería consigo mismo, paradójicamente, una violación constitucional al artículo 1° y al principio pro persona.

Pues a pesar de que la tesis emitida por la Corte no establece expresamente la jerarquía entre las normas de derechos humanos contenidas en ambos ordenamientos, sí establece un criterio de prevalencia material de las restricciones establecidas en la *Carta Magna*, las cuales muchas veces pueden resultar contrarias al principio *pro homine*.

Un ejemplo de esto es el arraigo, el cual es inconvencional, ya que en el Pacto de San José y en muchos Tratados Internacionales más, se establece que es violatorio de derechos humanos, como los de seguridad jurídica, libertad, presunción de inocencia, entre otros, sin embargo nuestra Constitución lo reconoce como una figura jurídica válida, por lo que ante tal controversia y en atención al criterio de la Corte, tendremos que considerarlo Constitucional y respetarlo, sin embargo lo que más le favorece a la persona arraigada, según el principio pro persona, obviamente sería atender lo contenido en los Tratados Internacionales, pero ello conlleva al desconocimiento de una norma “constitucional”; es en esta tesitura, adoptemos el criterio que adoptemos, es inevitable violar la *Constitución*, ya sea en su artículo 1° y el principio pro persona, o bien en el artículo 16 que faculta a la autoridad judicial a decretar el arraigo. En fin, son criterios personales que vale la pena debatirlos e

incluso refutados con sustentos doctrinarios, motivo incluso de un trabajo más extenso que el presente.

Por lo que se puede decir que todo lo resuelto por la Suprema Corte puede presentar los siguientes escenarios:

- En el caso de que la *Constitución* no regule algún derecho humano, y los Tratados Internacionales sí, deberá aplicarse este último.
- Si se presenta alguna contradicción entre normas del mismo ordenamiento, es decir, contenidas en leyes ordinarias, federales, en la propia *Constitución* o en Tratados Internacionales, deberá prevalecer la que resulte más favorable a la persona.
- Finalmente, en caso de que exista contradicción entre normas de distinta fuente, es decir derechos humanos contenidos en la *Constitución* y derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales, estos últimos podrían verse limitados o restringidos por la *Constitución*, a pesar de que la norma constitucional resulte menos favorable para la persona, deberá ser ésta la que prevalezca (Fernández, 2014).

Es esto lo que consideramos, que es totalmente inaceptable e incongruente, pues con este criterio de la Corte, sin duda, se dará un nuevo desastre Constitucional en México, pues como ya lo mencionamos, es una contradicción afirmar que deben prevalecer las normas constitucionales restrictivas de derechos humanos, pues equivale a la destrucción de la esencia del principio pro persona, pero tal parece que los ministros de la Corte no se atreven a decir que lo que debe imperar son las disposiciones relativas a los derechos humanos, considerando a estos como norma suprema, sin importar en que ordenamiento se encuentren.

Para entender mejor lo anterior, recordemos un poco sobre la jerarquía de las normas, que desde Kelsen y su pirámide, y con lo dispuesto en el artículo 133 de nuestra *Constitución*, se estableció que las leyes federales y los Tratados Internacionales tienen el mismo nivel, lo cual prevaleció hasta antes del año 1999, reafirmando constantemente así la Corte. Posteriormente, después de 1999 y de la

famosa resolución del amparo promovido por el Sindicato de los Controladores Aéreos, cambia este criterio y se reconoce que los Tratados Internacionales de los que México es parte tiene un nivel jerárquico infra constitucional pero supra legal, es decir, por debajo de la Constitución pero por encima de las leyes federales, lo cual era aceptado para ese momento. Sin embargo, como el derecho es dinámico y se va ajustando a la realidad social, consideramos que ahora este criterio debe ser cambiado; sin olvidar que la misma Corte estableció que el Derecho Internacional al ser aprobado por el Estado Mexicano al suscribir algún Tratado, Convención, Pacto, Protocolo, Carta, etc., forma parte del Derecho mexicano Nacional, es decir la legislación aplicable para México se amplía.

Recordemos un poco los tipos de Tratados Internacionales para efectos de este tema, en específico hablemos de los Tratados sinalagmáticos, que en esencia podríamos decir que es una clasificación genérica para los contratos que tienen un contenido obligacional recíproco para las partes o Estados que intervienen, obligación que puede ser de hacer, no hacer o de dar, en otras palabras la clásica fórmula de dar para recibir, el motivo del contrato debe ser precisamente ese interés de intercambiar una acción, por ejemplo: un contrato de compra venta (precio y bien); sin embargo los Tratados Internacionales, y más en aquellos en materia de Derechos Humanos, no son sinalagmáticos, pues resultaría absurdo negociar sobre la tortura, discriminación, desaparición, etc., por simples cuestiones humanitarias y de protección a la dignidad de las personas. Por eso este tipo de Tratados que contienen Derechos Humanos no tienen el mismo tratamiento que los Tratados de corte tradicional o sinalagmático, ya que su objetivo no es obtener algún provecho sino únicamente proteger los intereses de la humanidad.

Lo anterior resulta importante para la interpretación que venimos realizando del artículo 1° constitucional y el engrose de la Suprema Corte de Justicia de la Contradicción de tesis 293/11, porque recordemos que el artículo 133 no se reformó, aunque debió haberse hecho; y según el criterio de la Corte, el sistema normativo mexicano sigue estando supeditado por la *Constitución*, debajo de ella los Tratados Internacionales y las leyes federales, leyes estatales y demás ordenamientos; sin

embargo, al reformarse el artículo 1° constitucional se establece una cópula de disposiciones, al referir que ...”*todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...*” (CPEUM, 2011:1), por lo que al ser una norma de creación posterior al mencionado artículo 133 constitucional y al ser especial en cuanto a la materia, pues se aboca únicamente a los que contienen normas de derechos humanos, sería considerable establecer que, de acuerdo a esta reforma constitucional, *las normas contenidas en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos deben tener un rango equivalente al de la Constitución*, mientras que los demás Tratados Internacionales no, de conformidad con el principio de hermenéutica jurídica *Lex Specialis*, que quiere decir que la norma especial “deroga” a la general, entendiendo esto no como una estricta derogación, sino únicamente que la norma especial es aplicable al caso especial y la general a los demás casos no previstos, o bien entendido este principio de acuerdo a la máxima jurídica de que cuando la ley no distingue no se debe distinguir y por ende cuando si se distingue en la norma se debe distinguir en su aplicación. Para mayor entendimiento el artículo 133 establece que la Constitución, las leyes que emanen del Congreso de la Unión y los Tratados Internacionales suscritos por México serán ley suprema, pero en ningún apartado distingue la materia de los Tratados Internacionales a los que se hace alusión, pueden ser en cualquier materia, sin embargo si distingue en cuanto a la jerarquía, pues establece que deben estar de acuerdo con la propia *Constitución*. En cambio, en el artículo 1° al hablar de normas contenidas en Tratados Internacionales sí distingue en cuanto a la materia pues establece que deben ser las normas relativas a Derechos Humanos, por lo que se hace una distinción en cuanto al contenido del tratado, aclarando que no es propiamente del tratado sino de la norma contenida en él, es decir puede ser que un tratado no sea de derechos humanos sino de alguna otra materia, pero dentro de su articulado exista una norma protectora de algún derecho humano, consideración que se debe de tomar muy en cuenta, pues el artículo 1° establece claramente que reconoce las normas relativas a derechos humanos contenidas en Tratados Internacionales, sin importar que tipo de tratado sea. Por ello, este artículo si distingue la materia y el contenido de las normas,

aunque en cuanto a la jerarquía sucede lo contrario que con el 133, pues el artículo 1° no distingue en este aspecto, pero los tratados en materia de Derechos Humanos deben estar al nivel de la *Constitución* porque en ella misma se establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los Tratados Internacionales. A lo que muchos doctrinarios le llaman el nuevo cuerpo normativo de rango Constitución, pues la Constitución se amplió, ya que ahora no solo son los 135 artículos sino que también forman parte de la Constitución todas las normas contenidas en Tratados Internacionales que versen sobre derechos humanos (Corcuera, 2014).

Por lo que en esa tesitura y de acuerdo a nuestra afirmación, de que la *Constitución* está integrada por 135 artículos y las demás normas de derechos humanos consagradas en Tratados Internacionales, al existir una contradicción entre un derecho humano consagrado en la *Constitución* y otro consagrado en la *Constitución* ampliada, la misma *Constitución* establece qué debemos hacer, pues establece que se realizará una interpretación conforme, siempre favoreciendo la protección más amplia a la persona, es decir la prevalencia del **principio pro persona**. En conclusión, resultaría tan sencillo que la Corte hubiera dicho que si existe una contradicción entre normas del mismo nivel jerárquico y en el mismo ámbito de aplicación territorial y personal la que debería aplicarse es la que ofrezca mayor protección a la persona y así incluso se respeta la supremacía constitucional, únicamente se amplía la protección, no encerremos nuestro criterio a tan sólo 135 artículos.

Situación que debió imperar después del 11 de junio del 2011, sin embargo, dada la confusión a que se llegó por diversos criterios emitidos en tesis aisladas, la Corte, al examinar esta contradicción, no lo consideró así, y estableció que las restricciones a los derechos humanos que establece nuestra *Constitución* deben de ser supremas a cualquier otra disposición, por el simple hecho de estar contenidas en la *Constitución*, dejando de lado las normas contenidas en Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, aunque dichas normas ofrezcan mayor protección a las personas, que la propia *Constitución*. Es decir, los ministros prefieren que se

aplique la Constitución aunque sea una norma peor, de menor protección a los derechos humanos, por esa justificación tan legalista de supremacía constitucional. A lo que textualmente la ministra Luna Ramos establece que las normas contenidas en Tratados Internacionales serán aplicables siempre y cuando estén conformes con la Constitución, pues en caso contrario no se aplicarán ni con el principio pro persona, es decir le da supremacía a las restricciones contenidas en nuestra *Carta Magna*.⁸

De esta forma, el sistema normativo queda estructurado de la siguiente forma, viendo desde la parte inferior hasta la superior, primero encontraríamos a las leyes ordinarias de las Entidades Federativas y del Distrito Federal, superior a ellas las leyes federales, posteriormente los Tratados Internacionales sinalagmáticos y en la parte suprema la Constitución General de la República, sin embargo a partir de la resolución de la contradicción de tesis 293/11 podríamos parafrasear, que la Suprema Corte construyó por encima de la Constitución y de ese edificio jurídico una pequeña azotea o casucha que está por encima de todo y ahí están alojadas las normas de mayor jerarquía de nuestro sistema jurídico, siendo precisamente las normas violatorias o restrictivas de los derechos humanos consagradas en la *Constitución*, estas, ahora son nuestra norma suprema, gracias a este absurdo criterio de la Corte, constituyendo de esta forma un derrumbe a la reforma constitucional del artículo 1º, pues la Suprema Corte nos deja peor de lo que estábamos. Por lo que, tal parece que nuevamente necesitamos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos condene a México y nos evidencie en el ámbito internacional, por estar aplicando las restricciones a los derechos humanos consagradas en la Constitución sin importar el principio pro persona, para poder entender que lo que debemos hacer es proteger los Derechos Humanos sin imponer restricciones, beneficiando siempre a la persona sin importar en que ordenamiento se encuentran (Corcuera, 2014).

⁸ Contradicción de tesis 293/11 publicada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Finalmente, otra de las decisiones que tomó la Corte en la contradicción de tesis citada es referente a la obligatoriedad para el Estado Mexicano, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, independientemente de que México sea o no parte en el juicio; pues en un principio con la sentencia condenatoria para México en el expediente varios 912/10, se estableció que la jurisprudencia interamericana únicamente era vinculante para México, cuando nuestro Estado formará parte del litigio y que el resto de las sentencias serían solamente criterios orientadores, para los jueces al momento de ejercer control de convencionalidad, lo cual quedaba al albedrío de las autoridades observar o no lo que dicta la Corte en los asuntos donde no se ventilan responsabilidades del Estado mexicano; sin embargo, en este punto, atinadamente, los ministros decidieron que la jurisprudencia interamericana si es vinculante para México con independencia si es parte o no en el conflicto, decisión que se comparte precisamente por nuestro criterio protector de los Derechos Humanos. Recordemos que la función de la Corte Interamericana es, como tribunal internacional, determinar si un Estado cumple o no con sus obligaciones contraídas en algún ordenamiento internacional como la Convención Americana de Derechos Humanos o cualquier otro Tratado Internacional en materia de Derechos Humanos que haya suscrito, y tiene la capacidad de fincar determinada responsabilidad al Estado que se encuentre violentando dichas disposiciones, pero al analizar la conducta del Estado infractor, puede significar un ejemplo para las demás naciones, precisamente para evitar ese tipo de violaciones en sus Estados, lo que en otras palabras podemos decir que es el sistema de precedentes que las autoridades mexicanas deben de tomar en cuenta al momento de realizar su actuación, siempre en respeto a los derechos humanos.

8. Conclusiones

La reforma Constitucional al artículo 1°, de junio del año 2011, trajo consigo la implementación de un nuevo sistema constitucional mexicano, caracterizado por la protección más amplia a los derechos humanos, la prevalencia principio pro persona, el reconocimiento de las normas contenidas en Tratados Internacionales referentes a derechos humanos, el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad y la

interpretación conforme; herramientas necesarias para que todas las autoridades del Estado Mexicano, brinden mayor protección a los Derechos Humanos de todas las personas.

El Control de Convencionalidad *ex officio* es algo nuevo para todas las autoridades, y aún no se ha logrado determinar cómo se ejerce, por lo que la inaplicación de esta obligación constitucional es cada vez más evidente, y aunque no son las únicas, las autoridades jurisdiccionales tienden a estar más cerca de su cumplimiento aunque el temor de inaplicación de alguna norma y preferir aplicar otra, sigue siendo un fantasma que no les permite ejercer bien este control de convencionalidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al emitir una jurisprudencia intenta explicar cómo se ejerce el control de convencionalidad, el cual se basa en tres pasos: 1) realizar una interpretación conforme en sentido amplio, 2) una interpretación conforme en sentido estricto, 3) la inaplicación de la ley cuando las dos anteriores no son posibles. Sin embargo estos pasos y las confusiones que vuelve a establecer sobre la interpretación del principio pro persona, no dejan clara la forma en cómo se debe realizar el control de convencionalidad, por lo que las autoridades, en específico los jueces ordinarios prefieren seguir dejando a las autoridades federales esta obligación.

El principio pro persona implica una jerarquización de derechos, en la cual se le debe dar mayor peso a un derecho frente a otro, a fin de poder determinar cuál es el de mayor beneficio para la persona, lo que deberá realizarse mediante un ejercicio de ponderación de derechos humanos, siendo ésta una herramienta indispensable para las autoridades, la cual se distingue de la subsunción por aplicarse a casos difíciles, misma debe hacerse siguiendo tres pasos: 1) La ley de ponderación, 2) la fórmula del peso y 3) la argumentación. Basando principalmente el resultado en la justificación argumentativa que se realice.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación erróneamente determina que en caso de contradicción entre normas de derechos humanos contenidas en la *Constitución* y

en Tratados Internacionales siempre debe imperar la *Constitución*, de conformidad con el artículo 133, aunque ello vaya en contra del principio pro persona, sin embargo nosotros consideramos que las normas contenidas en Tratados Internacionales que versen sobre Derechos Humanos deben tener un rango equivalente al de la *Constitución*, por lo que al encontrarse en conflicto derechos humanos de igual jerarquía debe prevalecer el que mayor protección brinde a las personas sin importar si se encuentra en la *Constitución* o en Tratados Internacionales, el principio pro persona debe ser supremo a las restricciones en materia de derechos humanos establecidas en la *Constitución*.

9. Fuentes consultadas

Bibliográficas

Bernal, C., (1989) *Estructura y Límites de la Ponderación*. Alicante, Espagráfic.

Carbonell, M., (2012) “Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana” en Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.), *La reforma Constitucional de los Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM.

Carbonell, M., (2004) *Los derechos fundamentales en México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-UNAM.

Donnelly, J., (2004) *Universal Human Rights in Theory and Practice*, USA, Cornell University Press.

Fernández, E., (1982) *El problema del fundamento de los derechos humanos*, Anuario de derechos humanos, Madrid, Universidad Complutense de Madrid.

Ferrer, E., (2011) “El control abstracto de inconstitucionalidad de leyes en México. Tipología de Resoluciones” en Häberle P. y García, D. (coords.), *El control del Poder Homenaje a Deigo Valadés*. T. II. México, UNAM.

Ferrer, E., (2012) “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad” en Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.), *La reforma Constitucional de los Derechos Humanos*. México, Porrúa-UNAM.

Guastini, R., (2013) “A propósito del Neoconstitucionalismo” en Ortiz G., *et al.*, (coords), *Tendencias Actuales del Estado Constitucional Contemporáneo*, Perú, Ara Editores.

Highton, E., (2010) *Sistema Concentrado y Difuso de Control de Constitucionalidad*. México, UNAM.

Molina, J. (2011) “Medios de Control Constitucional para la solución de conflictos limítrofes en las entidades federativas” en Ferrer, E. y Danés E. (coord.), *La protección orgánica de la Constitución*, México, UNAM.

Pinto, M., (1997) *Temas de derechos humanos*. Argentina, Editores del Puerto.

Rosales, E., (2013) “En busca del acorde perdido o la necesidad de un lenguaje común para el análisis sistemático de la aplicación del derecho internacional de derechos humanos por cortes nacionales” en García, P. (coord.), *El control de Convencionalidad y las Cortes Nacionales*, México, Porrúa.

Hemerográficas

Brage, J. (2014) “Derechos Fundamentales y libertades públicas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 164, España, p. 47-69.

Legislativas

Diario Oficial de la Federación(2011) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México.

Jurisprudenciales

TesisP. LXIX/2011, (2011) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, décima época, t.1, p. 552.

Tesis, XXVI/2012, (2012) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro V, décima época, t. 1, p.659.

Tesis: P./J. 20/2014, (2014) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro V, registro: 2006224, décima época, t. 1, p.202.

Contradicción de tesis 293/11 publicada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Electrónicas

Fernández, E., (2014) *La Corte y el fin del principio pro homine en México*. Blogs Nexos, [en línea], disponible en: <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3776#sthash.YrmckPIL.dpuf> [Accesado: 5 mayo 2014].

Conferencias

Corcuera, S., (2014) “Supremacía de las restricciones de los derechos humanos contenidas en la Constitución y un nuevo cuerpo normativo de rango constitucional”, Escuela Judicial del Estado de México, 25 de junio de 2014.

Molina, C., (2013) “El Control de Convencionalidad. Perspectiva en los Tribunales Contencioso Administrativos de México”, Instituto Universitario Franco Inglés de México, 07 de noviembre de 2013.

Preciado, E. (2012) “Interpretación conforme y principio pro persona” en Azuela, M. (ed). *Derechos Humanos y Justicia*. Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial. Seminario celebrado el 16 de febrero, 13 de marzo, 10 de abril, 8 de mayo, 5 de junio, 7 de agosto, 4 de septiembre, 9 de octubre y 6 de noviembre todos de 2012. México. Editorial SCJN, pp. 40-53.

Tratados y Resoluciones Internacionales

ONU, (1968) Proclamación de Teherán, aprobada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 13 de mayo de 1968, párrafo 13.

ONU, (1993) Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, párrafo 5.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Trabajadores cesados del Congreso”, caso Aguado Alfaro y otros vs Perú del 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.