

## *Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos*

*Fernando Silva García\**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. México y los inicios del control de convencionalidad. 3. Transformaciones: El nacimiento del control de convencionalidad en México en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (SCJN). 4. Desafíos: La modulación del control de convencionalidad por parte de la SCJN. 5. Algunas conclusiones.

### 1. INTRODUCCIÓN

Agradezco la invitación de la UPF, en especial de Alejandro Saiz Arnaiz, quien fue el director de mi tesis de doctorado de 2002 a 2004, hace 15 años ya, en coordinación con Pablo Pérez Tremps y Luis López Guerra.

Desde el punto de vista teórico en algún momento resultaba pacífica la idea consistente en que las sentencias internacionales eran solamente declarativas. Sin embargo, en América y ahora también en Europa, las sentencias regionales sobre derechos humanos conllevan un deber de reparación adecuada. Este deber de reparación adecuada en beneficio ha generado que la sentencia internacional reclame un impacto normativo en el orden jurídico nacional. Así, por ejemplo, nos hemos preguntado hasta qué punto la emisión de una sentencia internacional sobre derechos humanos crea o no una nueva verdad jurídica para el derecho nacional respectivo, utilizando esta terminología procesal que todos conocemos. Y es aquí en donde empiezan las tensiones.

Las paradojas comienzan porque, actualmente, la concepción del Estado nacional como ente soberano coexiste con la noción de un Estado nacional condicionado por el Derecho Internacional de los derechos humanos. Y por ello vemos como frente a la posición consistente en que las sentencias internacionales son susceptibles de producir reparaciones sustantivas y normativas en el plano nacional; existe un pensamiento jurídico opuesto, que entiende que las sentencias internacionales solamente generan orientacio-

---

\* Juez de Distrito en México; doctor de Derecho Público, Universidad Carlos III de Madrid; profesor visitante en la Universidad Pompeu Fabra (2008 y 2016).

nes jurídicas, y en todo caso, un deber de indemnización en beneficio de las víctimas, o inclusive esta idea de que la obligatoriedad de la jurisprudencia internacional puede modularse y matizarse por los jueces nacionales.

Al respecto, hay una diversidad de escenarios problemáticos. Se me ocurren 4 escenarios problemáticos, aunque podrían apuntarse otros tantos:

Primer escenario. Cuando en una sentencia internacional se declara la responsabilidad del Estado por causa del contenido de su Constitución nacional, se actualizan, como ya vimos, las tradicionales tensiones entre soberanía y derecho internacional de los derechos humanos.

Segundo escenario. Cuando en una sentencia internacional se declara la responsabilidad del Estado y directa o indirectamente se desautoriza una sentencia nacional firme, se desencadenan las tensiones entre la eficacia de la sentencia internacional frente a la eficacia de la cosa juzgada nacional.

Tercer escenario. Cuando en una sentencia internacional se declara la responsabilidad del Estado por causa del contenido de una ley nacional —que resulta inconvencional—, se generan tensiones que suelen impactar en el modelo de justicia constitucional y con la llamada objeción contramayoritaria que opera en esos temas.

Cuarto escenario. Cuando en una sentencia internacional se desautoriza el contenido de una jurisprudencia constitucional, se producen tensiones relacionadas con el estatus de los tribunales constitucionales nacionales, que de alguna forma entran en disputa por la supremacía interpretativa de los derechos fundamentales.

En suma, la incorporación de los sistemas regionales de derechos humanos es el germen de una obligada reordenación del derecho nacional. Como veremos en seguida, todas estas tensiones han estado presentes en México en relación con el tema que comentamos.

## 2. MÉXICO Y LOS INICIOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Prácticamente al inicio de la llamada transición democrática, en el año de 1981, México se incorporó al sistema interamericano de derechos humanos, aunque reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana hasta diciembre de 1998.

Bajo este panorama, no debe extrañarnos que el estreno de las relaciones con el sistema interamericano se haya actualizado en temas de la democracia y la política electoral.

En el año de 1990, la Comisión Interamericana de DH resolvió tres asuntos en materia electoral, en relación con el cuestionamiento de distintas

## Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos

---

elecciones locales de Chihuahua y Durango celebradas en 1986, todo ello a la luz de los artículos 23 y 25 de la Convención Americana.

En la Resolución 01/90, la Comisión Interamericana resolvió que en México no existen recursos efectivos para resolver conflictos electorales en forma independiente e imparcial (en esa etapa, los conflictos electorales se resolvían mediante “concertaciones” del presidente de la República y los políticos implicados).

Luego de esta resolución internacional, y como parte de la transición democrática, en abril de 1990 se aprobaron una serie de reformas constitucionales precisamente para incorporar un recurso en materia electoral a través de la creación del Tribunal Federal Electoral; órgano jurisdiccional que en forma gradual fue conquistando cada vez más competencias.

Ahora bien, a pesar de la llamada transición democrática, en los últimos 10 años, el Estado Mexicano ha recibido prácticamente 7 condenas por parte de la Corte IDH.

La primera sentencia condenatoria se dictó en el Caso *Castañeda* (2008) en atención a la ausencia de un control judicial de las leyes en materia electoral; situación que fue reparada también a través de una reforma constitucional.

La segunda sentencia contra México es El caso *Campo Algodonero* (2009) sobre los feminicidios en Ciudad Juárez.

La tercera sentencia es el Caso *Radilla Pacheco* (2009) sobre la desaparición forzada de personas durante la llamada guerra sucia en México en los años setentas.

La cuarta y quinta sentencia son las dictadas en los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú* (2010), sobre la violación sexual de mujeres indígenas por militares.

La sexta sentencia es el caso *Cabrera García y Montiel Flores* (2010), sobre debido proceso penal en relación con actos de tortura.

Y la séptima resolución es el caso *García Cruz y Sánchez Silvestre* (2013) en el que México reconoció la responsabilidad del Estado, ante la ausencia de protocolos judiciales para combatir la tortura en procesos penales.

### 3. TRANSFORMACIONES: EL NACIMIENTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA (SCJN)

En el año de 2011, luego de la emisión de la mayoría de dichas sentencias condenatorias y en el contexto de la llamada guerra contra el narcotráfico,

durante el sexenio del presidente Felipe Calderón, se aprobó la llamada reforma constitucional de derechos humanos.

En especial el caso Radilla,<sup>1</sup> que contiene un deber de reparación dirigido al Poder Judicial, junto con la reforma constitucional de 2011, dieron lugar a una serie de transformaciones en el derecho constitucional mexicano.

La jurisprudencia de la SCJN reconoció cinco transformaciones centrales en materia de DH, a partir de la reforma constitucional de 2011, que ya apuntamos en forma abundante en el Curso de Verano en San Sebastián (2014).

1. Primera transformación: La SCJN ha reconocido en su jurisprudencia que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional de toda la actuación pública, tal como se establece en el criterio jurisprudencial siguiente del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encubramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación

<sup>1</sup> Dicha consulta a trámite dio lugar al “Expediente Varios 489/2010”. La determinación del Tribunal Pleno contenida en su resolución pronunciada el siete de septiembre de dos mil diez en el Expediente “Varios” 489/10, obligó a que se analizara en el Expediente “Varios” 912/2010, el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para posteriormente establecer cuáles son las obligaciones concretas que resultan para el Poder Judicial como parte del Estado mexicano.

## Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos

---

del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.<sup>2</sup>

2. Segunda transformación: La SCJN ha reconocido que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias para el Estado mexicano. Así se plasmó en la siguiente tesis aislada del Pleno de Nuestro Máximo Tribunal:

SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO. El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquel. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no solo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella.<sup>3</sup>

3. Tercera transformación: La SCJN ha reconocido en una votación muy cerrada que no solamente las sentencias contra México, sino toda la jurisprudencia interamericana es vinculante para todos los poderes públicos dentro del Estado, tal como se desprende de la siguiente jurisprudencia del Pleno:

---

<sup>2</sup> Décima Época, 2006224, Pleno, Tesis de Jurisprudencia. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, t. I, Constitucional, Tesis: P./J. 20/2014 (10a), p. 202.

<sup>3</sup> Décima Época, 160482, Pleno, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, Constitucional, Tesis: P. LXV/2011 (9a), p. 556.

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.<sup>4</sup>

4. Cuarta transformación. El segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución incorpora los principios pro persona y de interpretación del derecho nacional conforme al derecho internacional de los derechos humanos, según se determinó en la siguiente jurisprudencia y tesis aislada emitidas por la Primera Sala de la SCJN:

PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-,

<sup>4</sup> Décima Época, 2006225, Pleno, Tesis de Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, t. I, Común, Tesis: P./J. 21/2014 (10a), p. 204.

## Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos

---

atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 10. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.<sup>5</sup>

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE ADMINISTRAR JUSTICIA, AL INTERPRETAR LOS REQUISITOS Y LAS FORMALIDADES ESTABLECIDOS EN LA LEY PARA LA ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LOS JUICIOS, DEBEN TENER PRESENTE LA RATIO DE LA NORMA PARA EVITAR FORMALISMOS QUE IMPIDAN UN ENJUICIAMIENTO DE FONDO DEL ASUNTO. La tutela judicial efectiva, consagrada como derecho humano en los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8, numeral 1 y 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su vertiente de recurso efectivo, implica la obligación para los tribunales de resolver los conflictos que se les plantean sin obstáculos o dilaciones innecesarias y evitando formalismos o interpretaciones no razonables que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial, por lo que los órganos encargados de administrar justicia, al interpretar los requisitos y las formalidades procesales legalmente previstos, deben tener presente la ratio de la norma para evitar que los meros formalismos impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto. Por tanto, los requisitos para admitir los juicios, incidentes en ellos permitidos, o recursos intentados, establecidos por el legislador, son de interpretación estricta para no limitar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, haciendo posible, en lo esencial, el ejercicio de dicho derecho, por lo que debe buscarse, con apoyo en los principios pro homine e in dubio pro actione, la interpretación más favorable al ejercicio de ese derecho humano, sin soslayarse los presupuestos esenciales de admisibilidad y procedencia de los juicios, incidentes en estos permitidos o recursos intentados.<sup>6</sup>

5. Quinta transformación: Antes de la reforma constitucional de 2011, en México operaba un modelo de control constitucional concentrado en los jueces del Poder Judicial Federal. A partir de 2011, la SCJN redefinió el modelo de justicia constitucional y ha interpretado que todos los jueces, tanto

---

<sup>5</sup> Décima Época, 2002000, Primera Sala, Tesis de Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIII, octubre de 2012, t. 2, Constitucional, Tesis: 1a./J. 107/2012 (10a.), p. 799.

<sup>6</sup> Décima Época, 2007064, Primera Sala, Tesis Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 9, agosto de 2014, t. I, Constitucional, Tesis: 1ª CCXCI/2014 (10a), p. 536

locales como federales, están facultados, de oficio, para inaplicar las leyes violatorias de DH en el caso concreto, tal como se desprende de la siguiente tesis aislada y jurisprudencia, respectivamente, emitidas por el Pleno y la Primera Sala:

PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. El mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.<sup>7</sup>

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011). Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1o. constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces

<sup>7</sup> Décima Época, 160526, Pleno, , Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, Constitucional, Tesis: P. LXVIII/2011 (9a), p. 551.



## Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos

---

constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano solo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.”<sup>8</sup>

Estas transformaciones generaron que en diciembre de 2013 la ONU emitiera un premio en materia de derechos humanos para la SCJN.<sup>9</sup>

### 4. DESAFÍOS: LA MODULACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR PARTE DE LA SCJN

Resulta muy importante precisar que esas 5 transformaciones coexisten con una diversidad de jurisprudencias que han venido a descafeinar ese nuevo paradigma constitucional. Desde cierta perspectiva, todo este neoconstitucionalismo en alguna medida se ha ido desconstitucionalizando por la jurisprudencia nacional, que en clave de modulaciones y matices ha reinterpretado en cada nueva oportunidad la reforma constitucional de 2011. Vamos a mencionar cinco ejemplos de estas paradojas:

1. Primera modulación: Frente a la idea de que el parámetro de validez constitucional debe complementarse con los tratados sobre derechos humanos; la Segunda Sala de la SCJN emitió una jurisprudencia (obligatoria) en el sentido de que los operadores jurídicos pueden acudir a los tratados siempre y cuando la Constitución no regule en forma suficiente el tema materia de la litis.

Esto ha generado una especie de zona de confort judicial. Si el juez encuentra que la Constitución regula de una determinada forma determinados alcances de una libertad o de un derecho, bueno pues ya ni siquiera voltea a ver a los tratados o a la jurisprudencia internacional aplicable para resolver el caso, máxime que la jurisprudencia nacional da cobertura a esa actuación. En esos términos, la Segunda Sala pronunció la siguiente tesis de jurisprudencia:

DERECHOS HUMANOS. SU ESTUDIO A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN

---

<sup>8</sup> Décima Época, 2002264. Primera Sala, Tesis de Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XV, diciembre de 2012, t. 1, Común, Tesis: 1a./J. 18/2012 (10a), p. 420.

<sup>9</sup> El entonces presidente de la SCJN, el ministro Juan N. Silva Meza, recibió en Nueva York el premio de la ONU otorgado a la Suprema Corte. <http://archivo.eluniversal.com.mx/nacion-mexico/2013/impreso/da-onu-a-corte-premio-por-dh-211531.html>

EL 10 DE JUNIO DE 2011, NO IMPLICA NECESARIAMENTE QUE SE ACUDA A LOS PREVISTOS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, SI RESULTA SUFICIENTE LA PREVISIÓN QUE CONTENGA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Conforme al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 y atento al principio pro persona, no resulta necesario considerar el contenido de tratados o instrumentos internacionales que formen parte de nuestro orden jurídico, si al analizar los derechos humanos que se estiman vulnerados es suficiente la previsión que contiene la Constitución General de la República y, por tanto, basta el estudio que se realice del precepto constitucional que los prevea, para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado.<sup>10</sup>

Además, esta idea de la autosuficiencia de la Constitución frente a la Convención es inexacta. Como se sabe, en las materias de prisión vitalicia, prisión preventiva incluido el arraigo penal, detención, presunción de inocencia, tortura, ejecución extrajudicial, desaparición forzada, derechos de las víctimas (en materia penal y administrativa), protección de los DH frente a particulares, protección de los derechos frente a omisiones legislativas, y en materia de reparaciones, la jurisprudencia interamericana es ampliamente más profunda y evolucionada que la jurisprudencia constitucional.

2. Segunda modulación: Hemos dicho que las sentencias y la jurisprudencia internacional es obligatoria para el Estado mexicano. Sin embargo, la SCJN ha emitido una jurisprudencia obligatoria en la que prohíbe a todos los operadores jurídicos realizar un control de convencionalidad de la jurisprudencia de la SCJN e incluso ha presentado denuncias disciplinarias frente a los magistrados que han dado preferencia aplicativa a la Convención frente a la jurisprudencia constitucional.

Dicha situación ha generado que el diálogo judicial sea relativo. Es decir, cuando la SCJN se pronuncia jurisprudencialmente sobre algún tema en concreto, esa aproximación resulta inmune y sustraída de la deliberación judicial, a pesar de que –en teoría– los operadores jurídicos de acuerdo a la propia jurisprudencia nacional se encuentran vinculados –no solo por la jurisprudencia de la SCJN– sino también por los tratados y por la jurisprudencia interamericana de DH. Tal como se señaló por el Pleno en la siguiente jurisprudencia:

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JE-

<sup>10</sup> Décima Época, 2002747, Segunda Sala, Tesis de Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVII, febrero de 2013, t. 2, Constitucional, Tesis: 2a./J. 172/2012 (10a), p. 1049.

## Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos

---

RARQUÍA. La obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario contenidas en cualquier norma inferior, no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucional establece que será obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga la ley y, en este caso, la Ley de Amparo así lo indica tanto en la abrogada como en el artículo 217 de la vigente; de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad ex officio, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.<sup>11</sup>

3. Tercera modulación: Hemos dicho que la jurisprudencia ha incorporado el llamado control de convencionalidad de las leyes. Sin embargo, en una votación posterior muy cerrada, el Pleno de la SCJN determinó que los tribunales colegiados (que son tribunales federales de segunda instancia) no tienen facultades para ejercer el control de convencionalidad de las leyes sustantivas aplicadas por el juez natural, sino que solamente pueden ejercer el control de convencionalidad de las leyes procesales que regulan sus funciones.

Por un lado, este criterio choca frontalmente con el nuevo modelo de justicia constitucional/convencional de la propia SCJN. Asimismo, este criterio en la práctica ha generado un mensaje inhibitorio para todos los tribunales federales de segunda instancia, pues no es tan claro qué leyes pueden o no ser objeto del control judicial y tampoco está clara la razón para hacer esta división entre leyes sustantivas y adjetivas para efectuarlo. Tal como se estableció en las siguientes tesis aisladas emitidas por el Pleno:

CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO NO ESTÁN FACULTADOS PARA EJERCERLO RESPECTO DE

---

<sup>11</sup> Décima Época, 2008148, Pleno, Tesis de Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 13, diciembre de 2014, t. I, Común, Tesis: P./J. 64/2014 (10a), p. 8.

NORMAS QUE RIGEN EL JUICIO DE ORIGEN. No corresponde al Tribunal Colegiado de Circuito examinar, de oficio, la inconstitucionalidad de los preceptos que rigen en los procedimientos o juicios de los que deriva el acto reclamado, ya que tal asignación corresponde, en su caso, a las autoridades judiciales encargadas de su aplicación (autoridades administrativas, jueces, salas de instancia, etcétera), pues sostener lo contrario, es decir, que los Tribunales Colegiados de Circuito pueden, mediante un control difuso de regularidad constitucional declarar, en amparo directo, la inconstitucionalidad de disposiciones contenidas en leyes que rigen el procedimiento o juicio de origen generaría inseguridad jurídica para las partes, quienes parten de la base de que en el juicio han operado instituciones como la de preclusión, por virtud de la cual han ejercido los derechos procesales que les corresponden en torno a las decisiones emitidas por el juzgador, sin que deba soslayarse que el cumplimiento al imperativo prescrito en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que obliga a toda autoridad, en el ámbito de su competencia, a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, no implica que puedan dejar de observarse los mecanismos jurisdiccionales previstos en el orden interno de los Estados para impugnar los actos de autoridad que pudieran considerarse violatorios de derechos humanos. Ahora, esta manera de ordenar el sistema no significa que se impongan límites a los tribunales de la Federación que por disposición constitucional tienen a su cargo el conocimiento de los mecanismos para la protección de la Norma Fundamental, para cumplir con el imperativo que esta ordena ni que se desconozcan las obligaciones adquiridas en diversos tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano en el sentido de proteger en todo momento los derechos humanos de los justiciables, pues los órganos federales encargados de ejercer el control de regularidad constitucional concentrado cuentan con las herramientas necesarias para cumplir con ese mandato, en cuya labor deben observar las reglas que tradicionalmente han normado las instituciones que tienen a su cargo, de manera que, en ejercicio de este control concentrado, pueden emprender el análisis sobre la constitucionalidad de una norma a partir de lo siguiente: (i) en respuesta a la pretensión formulada por el quejoso; (ii) por virtud de la causa de pedir advertida en el planteamiento de los conceptos de violación o en agravios; o bien, (iii) con motivo de la utilización de la institución de la suplencia de la queja deficiente, en términos de la Ley de Amparo que, en ciertas materias, permite ese análisis aun ante la ausencia total de conceptos de violación o de agravios. En las circunstancias apuntadas, no es que los órganos de control concentrado estén exentos de ejercer un control difuso, sino que solo pueden hacerlo en los términos que la propia Constitución les faculta.”<sup>12</sup>

CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO DEBEN EJERCERLO SOLO EN EL ÁMBITO DE SU COMPETENCIA. Por imperativo del artículo 1o., en relación con el diverso 133, ambos

<sup>12</sup> Décima Época, 2009817, Pleno, , Tesis Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 21, agosto de 2015, t. I, Constitucional, Tesis: P. X/2015 (10a), p. 356.

## Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos

---

de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, en el ámbito de sus competencias, deben garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, para lo cual cuentan con la facultad de ejercer un control de regularidad constitucional difuso o *ex officio*, que corresponde a un sistema que confía a cualquier autoridad, sin importar su fuero, la regularidad constitucional de las leyes y por virtud del cual toda autoridad debe, ante un caso concreto que verse sobre cualquier materia, inaplicar la norma que debería fundar su acto, si esta es violatoria de un derecho humano contenido en la Carta Fundamental o en un tratado internacional. Ahora bien, cuando se habla del control *ex officio* debe tenerse presente que dicha expresión significa que ese tipo de examen pueden hacerlo, por virtud de su cargo de Jueces, aun cuando: 1) no sean de control constitucional; y 2) no exista una solicitud expresa de las partes, pues la propia Norma Fundamental los faculta a inaplicar una norma cuando adviertan que viola derechos humanos, de manera que el control difuso no constituye un proceso constitucional sino solo una técnica al alcance del Juez para que pueda ejercer un control de constitucionalidad en un proceso, sea este constitucional o de cualquier otra naturaleza y cuyo ejercicio da lugar al dictado de una resolución con efectos entre las partes. En estas circunstancias, se concluye que los Tribunales Colegiados de Circuito, como órganos del Poder Judicial de la Federación, deben ejercer el control difuso de regularidad constitucional ante la violación de derechos humanos, con la observación de que solo pueden hacerlo en el ámbito de su competencia, es decir, respecto de las disposiciones que ellos mismos están facultados para aplicar, específicamente, las contenidas en los ordenamientos que rigen el procedimiento del juicio de amparo, esto es, la Ley de Amparo, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el Código Federal de Procedimientos Civiles, supletorio de aquella.<sup>13</sup>

4. Cuarta modulación: Hemos dicho que la reforma constitucional introdujo el principio pro persona como un criterio de resolución de conflictos. La SCJN tiene dos aproximaciones opuestas con respecto a dicho principio: Por un lado, la Segunda Sala ha llegado a establecer, en algunos casos, que este principio pro persona no cambia en nada los presupuestos procesales y las reglas de procedencia de los procesos judiciales, de manera que el operador jurídico debe continuar aplicando de la misma forma estas reglas, tal como se desprende de la siguiente jurisprudencia:

DERECHO DE ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. SU APLICACIÓN RESPECTO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES QUE RIGEN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. Si bien los artículos 10. y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el diverso 25 de la Convención Americana sobre Derechos

---

<sup>13</sup> Décima Época, 2009816, Pleno, , Tesis Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 21, agosto de 2015, t. I, Constitucional, Tesis: P. IX/2015 (10a), p. 355.

Humanos, reconocen el derecho de acceso a la impartición de justicia -acceso a una tutela judicial efectiva-, lo cierto es que tal circunstancia no tiene el alcance de soslayar los presupuestos procesales necesarios para la procedencia de las vías jurisdiccionales que los gobernados tengan a su alcance, pues tal proceder equivaldría a que los Tribunales dejaran de observar los demás principios constitucionales y legales que rigen su función jurisdiccional, provocando con ello un estado de incertidumbre en los destinatarios de esa función, pues se desconocería la forma de proceder de esos órganos, además de trastocarse las condiciones procesales de las partes en el juicio.<sup>14</sup>

En cambio, la Primera Sala de la SCJN ha dado la pauta para que los presupuestos procesales y las reglas de procedencia de los juicios se interpreten respetando el principio *pro actione* como una manifestación del principio *pro persona*. Lo anterior conforme a los criterios emitidos que se enuncian a continuación, la primera tesis aislada y las siguientes de jurisprudencia:

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE ADMINISTRAR JUSTICIA, AL INTERPRETAR LOS REQUISITOS Y LAS FORMALIDADES ESTABLECIDOS EN LA LEY PARA LA ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LOS JUICIOS, DEBEN TENER PRESENTE LA RATIO DE LA NORMA PARA EVITAR FORMALISMOS QUE IMPIDAN UN ENJUICIAMIENTO DE FONDO DEL ASUNTO. La tutela judicial efectiva, consagrada como derecho humano en los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8, numeral 1 y 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su vertiente de recurso efectivo, implica la obligación para los tribunales de resolver los conflictos que se les plantean sin obstáculos o dilaciones innecesarias y evitando formalismos o interpretaciones no razonables que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial, por lo que los órganos encargados de administrar justicia, al interpretar los requisitos y las formalidades procesales legalmente previstos, deben tener presente la ratio de la norma para evitar que los meros formalismos impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto. Por tanto, los requisitos para admitir los juicios, incidentes en ellos permitidos, o recursos intentados, establecidos por el legislador, son de interpretación estricta para no limitar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, haciendo posible, en lo esencial, el ejercicio de dicho derecho, por lo que debe buscarse, con apoyo en los principios *pro homine* e *in dubio pro actione*, la interpretación más favorable al ejercicio de ese derecho humano, sin soslayarse los presupuestos esenciales de admisibilidad y procedencia de los juicios, incidentes en estos permitidos o recursos intentados.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Décima Época, 2007621, Segunda Sala, , Tesis de Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 11, octubre de 2014, t. I, Constitucional, Tesis: 2a./J. 98/2014 (10a), p. 909.

<sup>15</sup> Décima Época, 1080/2014, Primera Sala, Amparo directo en revisión, Héctor Javier Liñan García, 28 de mayo de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García

## Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos

---

5. Quinta modulación: El artículo 1 constitucional establece literalmente que: *“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”*.

La SCJN determinó en una votación muy dividida que en caso de conflicto entre una norma sobre derechos humanos de fuente internacional y una norma constitucional que contenga una restricción expresa a los derechos humanos debe estarse a lo que establece la Norma Constitucional, lo cual quedó plasmado en la siguiente jurisprudencia del Pleno de la SCJN:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.<sup>16</sup>

---

Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, secretario: Ricardo Manuel Martínez Estrada.

<sup>16</sup> Décima Época, 2006224, Pleno, Tesis de Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, t. I, Constitucional, Tesis: P./J. 20/2014 (10a), p. 202.

Asimismo, siguiendo esa lógica, el Pleno de la SCJN en un criterio aislado (que no constituye jurisprudencia obligatoria), determinó que si bien las sentencias de la Corte IDH contra México son obligatorias, sin embargo, si alguno de los deberes del fallo internacional implica desconocer una restricción constitucional a los derechos humanos, esta última deberá prevalecer, en términos de la jurisprudencia P./J. 20/2014 antes apuntada. Dicho criterio señala:

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. DIRECTRICES PARA ESTABLECER Y CONCRETAR LAS OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN TRATÁNDOSE DE RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES. La jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es aceptada por el Estado Mexicano y, en esa medida, en tanto se esté frente al incumplimiento de obligaciones expresamente contraídas por este, no corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por aquel organismo internacional es correcta o no, lo que debe entenderse en forma unimoda y dogmática, ya que la competencia del Máximo Tribunal Constitucional del país, como garante de la supremacía constitucional, descansa ontológica e inmanentemente en su actuación, de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por tanto, para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación en atención a las sentencias internacionales, se estima necesario analizar siempre: (I) los débitos que expresamente se desprenden de tales fallos para el Poder Judicial de la Federación, como parte del Estado Mexicano; y, (II) la correspondencia que debe existir entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con los reconocidos por la Constitución General de la República o los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano y que, por tanto, se comprometió a respetar. En el entendido de que si alguno de los deberes del fallo implica desconocer una restricción constitucional, esta deberá prevalecer, en términos de la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) (\*).<sup>17</sup>

El Ministro José Ramón Cossío puso de manifiesto una paradoja de esas tesis en los términos siguientes: O las normas sobre derechos humanos de fuente internacional son parte de la Constitución, y por ende, deben utilizarse como parámetro de validez de todo el conjunto; o bien, en caso de que las restricciones constitucionales prevalezcan en términos absolutos, tendría que reconocerse que las normas de fuente internacional no son en realidad parte de la Constitución.

El tema de los derechos humanos y las restricciones constitucionales es muy inquietante. Es conocida la técnica del constitucionalismo consistente

<sup>17</sup> Décima Época, 2010000, Pleno, Tesis Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 22, septiembre de 2015, t. I, Constitucional, Tesis: P. XVI/2015 (10a), p. 237.



## Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos

---

en elevar a rango constitucional los derechos y libertades para dotarlos de esta eficacia reforzada frente al legislador. Ahora bien, en el constitucionalismo mexicano se da una situación paradójica muy especial. La técnica del constitucionalismo se ha llegado a utilizar para introducir en el texto constitucional figuras esencialmente autoritarias para que sean inmunes al control judicial.

Ese estado de cosas puede ejemplificarse a través de la figura del arraigo en materia penal. El arraigo es una manifestación o una especie de prisión preventiva que faculta al Estado a *detener* a una persona de 40 a 80 días *para después investigarla*. Es decir el arraigo permite detener a una persona sin datos objetivos que razonablemente permitan inferir su participación en el delito respectivo. Se ha intentado justificar esta figura a partir de los derechos de las víctimas en materia penal. Sin embargo es muy cuestionable si las víctimas tienen un derecho a la detención del inocente o del falso culpable o de una persona respecto de la cual no obran en ese momento datos objetivos de su participación en el delito.

Pues bien, en un primer momento, el arraigo se introdujo en una ley secundaria y la SCJN en su momento declaró que esta figura viola la libertad personal, en ese sentido el Pleno señaló lo siguiente en la siguiente tesis aislada:

ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: a) en caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y esta al Ministerio Público, quien realizará la consignación; b) en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; c) mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; d) por virtud de auto de formal prisión dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición; y, e) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas. Como se advierte, en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive

en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y este determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.<sup>18</sup>

Años después el Poder de Reforma, en su momento, incorporó la figura del arraigo dentro del artículo 16 de la Constitución para que resultara inmune al control judicial. Partiendo de dicha premisa, el Pleno de la SCJN resolvió en sesión de 14 de abril de 2015, por mayoría de seis votos, el juicio de amparo directo en revisión 1250/2012, en el que determinó que es válido el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales que prevé el arraigo penal, al considerar, en esencia, lo siguiente:

En efecto, el Constituyente permanente realizó una enmienda constitucional de gran alcance al capítulo penal de la Constitución Federal, la que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de dos mil ocho.

Dicha reforma abarcó cambios a los artículos 16 a 22, 73, fracciones XXI y XXIII, 115, fracción VII y 123, apartado B; esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que dicha reforma “fue trascendente para el sistema de procuración e impartición de justicia en materia penal, pues estableció un nuevo modelo de justicia penal que transformó el sistema mixto en acusatorio u oral”; igualmente se “introdujo la figura del arraigo a través del cual se permite limitar la libertad personal tratándose de delitos de delincuencia organizada, bajo ciertos requisitos que la propia Constitución Federal señala. Es así, que a partir de esa fecha el referido artículo 16 reguló constitucionalmente la procedencia del arraigo, reservándola para delitos de delincuencia organizada, respecto de los cuales por disposición expresa del diverso precepto 73, fracción XXI, corresponde legislar en exclusiva al Congreso de la Unión.”<sup>22</sup>

Por tanto, al preverse en la norma constitucional al arraigo como una institución apta para restringir la libertad de las personas de forma provisional, ya que fue introducida en el artículo 16 constitucional, por tanto, no cabe declarar

<sup>18</sup> Novena Época, 176030, Pleno, Tesis: Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, febrero de 2006, t. XXIII, Constitucional, Penal, Tesis: P. XXII/2006, p. 1170.

## Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos

---

su inconstitucionalidad por la simple razón de ser una institución extraña a la Constitución Federal. (...)

Por tanto, debe concluirse que el arraigo, en términos de lo resuelto en la Contradicción de Tesis 293/2011, es una restricción a los derechos humanos con validez constitucional, porque, debe insistirse, los artículos 16 y décimo primero transitorio de la Constitución Federal establecen al arraigo como una restricción expresa al derecho de libertad, ya que permite que las personas sean detenidas y privadas de su libertad domiciliariamente, lo que antes del dos mil ocho no se preveía (...).

Parte de la doctrina académica se ha preguntado si es posible constitucionalizar figuras autoritarias. Cuando una figura autoritaria se introduce en la Constitución, ¿qué garantías judiciales ofrece el sistema?

En la sentencia antes referida, el Pleno de la SCJN, dejando de lado el principio pro persona del artículo 1º constitucional y el art. 29 del Pacto de San José, ha establecido que las restricciones constitucionales expresas prevalecen sobre los DH de fuente internacional, según se desprende, además, de la jurisprudencia a que hicimos alusión líneas arriba, de rubro:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

Sin embargo, dicho tema tiene otras posibles soluciones. Como una bocanada de aire fresco, en fechas recientes, la Segunda Sala de la SCJN bajo la ponencia del Ministro Pérez Dayán ha determinado que si bien en caso de conflicto las restricciones constitucionales expresas prevalecen sobre las normas internacionales sobre derechos humanos, dichas normas constitucionales restrictivas deben ser interpretadas de la manera más favorable a las personas, según se advierte en la tesis siguiente:

RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES. Conforme a lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011 (\*), las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional, sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior; sin embargo, nada impide que el intérprete constitucional, principalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al hacer prevalecer una restricción o limitación constitucional, también practique un examen de interpretación más favorable en la

propia disposición suprema, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional. En efecto, no porque el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deba prevalecer, su aplicación ha de realizarse de manera indiscriminada, lejos de ello, el compromiso derivado de lo resuelto en la aludida contradicción de tesis privilegia un ejercicio hermenéutico que lleve al operador jurídico competente a que, sin vaciar de contenido la disposición restrictiva, esta sea leída de la forma más favorable posible, como producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados.<sup>19</sup>

En ese orden de ideas, podríamos pensar que, llegado el caso que una figura autoritaria se introduzca en la Constitución, los principios pro persona y de interpretación conforme, de acuerdo al artículo 29 de la Convención, podrían operar como una especie de control judicial (interpretativo) del propio orden jurídico primario constitucional.

## 5. ALGUNAS CONCLUSIONES

Desde cierta óptica, las reinterpretaciones y modulaciones de la reforma constitucional de derechos humanos han generado diversas paradojas transversales que afectan la claridad y la certeza de las relaciones que aquí analizamos. Es verdad que resulta comprensible un mínimo grado de imprecisión en la uniformidad de la jurisprudencia, sobre todo ante una reforma novedosa. Sin embargo, cuando coexisten posturas jurisprudenciales diametralmente opuestas existe el peligro de relativizar el valor y la eficacia que tienen los derechos humanos dentro del Estado constitucional.

Como hemos visto, tenemos una Constitución que es pro persona y al mismo tiempo tenemos una Constitución que es pro restricciones a los DH, lo que podría dar lugar a una especie de *constitucionalismo líquido* en el terreno de los derechos humanos, tomando prestadas las aportaciones de Bauman.

En suma en México, como en muchos otros Estados, no han sido sencillas las relaciones entre el sistema interamericano de DH y el derecho nacional. De acuerdo a lo expuesto, la reforma constitucional de 2011 y

<sup>19</sup> Décima Época, 2010287, Segunda Sala, Tesis Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 23, octubre de 2015, t. II, Común, Tesis: 2a CXXI/2015 (10a), p. 2096. Amparo directo en revisión 583/2015, Citlali Griselda Godínez Téllez, 9 de septiembre de 2015, Unanimidad de cuatro votos de los ministros Eduardo Medina Mora I., José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretarios: Jorge Jannu Lizárraga Delgado y Jorge Antonio Medina Gaona.

## Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos

---

sus transformaciones continúan enfrentándose a toda una diversidad de desafíos

A pesar de dichas dificultades, lo cierto es que la reforma constitucional de 2011 y la incorporación del control de convencionalidad en México han abierto nuevas rutas de exploración en el terreno de la aplicación judicial del Derecho. La apertura e incorporación que hace el artículo 1 constitucional a los tratados sobre derechos humanos es el germen de una obligada reordenación y reinterpretación del sistema jurídico mexicano. Los motores centrales que pueden ser capaces de generar la articulación entre los derechos humanos de fuente nacional e internacional lo constituyen el *deber de motivación adecuada* y la *interpretación sistemática* de la jurisprudencia constitucional e internacional sobre derechos humanos; dichas herramientas podrían ser los vehículos susceptibles de incorporar los estándares de protección exigidos internacionalmente en el ámbito del discurso argumentativo judicial, a propósito de la justificación jurídica de las sentencias nacionales.

A pesar de la jurisprudencia de la SCJN que ha privilegiado las restricciones constitucionales sobre las normas convencionales, lo cierto es que, como se ha expuesto, por un lado, allí en donde no hay una restricción expresa el operador judicial debe resolver los asuntos de su conocimiento haciendo realidad el control de convencionalidad a la luz del principio pro persona; por otro lado, en el terreno de las restricciones constitucionales expresas, la Segunda Sala de la SCJN, en sintonía con la perspectiva garantista de la Primera Sala, ha establecido que el operador jurídico debe interpretarlas de la manera más favorable a las personas.

Siguiendo esa lógica, podríamos pensar que para la Constitución y para la Convención Americana, el juez nacional es ahora también juez internacional; en otras palabras, la jurisprudencia interamericana es ahora también jurisprudencia mexicana; los jueces nacionales deben ahora garantizar los nuevos derechos humanos que el entendimiento armónico y complementario de los sistemas nacional e internacional reconocen en beneficio de los justiciables dentro del Estado mexicano.