

ADENDA

Por: Santiago Nieto Castillo

Terminé de escribir el libro *Control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos* en junio de 2013. El texto concluía con la discusión de las sesiones de 12 y 13 de marzo de 2012 y los casos de control de convencionalidad de la primera mitad de 2013. Sin embargo, el texto hoy resulta incompleto, al haberse elaborado antes de la resolución de dos contradicciones de tesis: 293/2011 y 21/2011. Dichas resoluciones, de una u otra manera, le han dado forma al nuevo paradigma del Derecho, al que me referí en el texto.

Por ello, en esta adenda considero necesario revisar dichos precedentes y desentrañar su impacto en la impartición de justicia en el país. A partir de ahí, analizar una serie de problemas que serán más evidentes con el paso de los años y plantear una posible salida frente a éstos.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

La discusión de la contradicción de tesis 293/2011 se retomó los últimos días de agosto y los primeros de septiembre de 2013.⁴² El proyecto corrió a cargo de los queretanos Arturo Zaldívar Lelo de la Larrea, como ponente, y Arturo Bárcena Zubieta, como secretario. El punto de Zaldívar, de forma primigenia, fue ampliar la protección de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales en dos sentidos: señalar su paridad constitucional y, por otro lado, establecer la prevalencia de los derechos frente a las restricciones constitucionales.

El ponente presentó como proyecto de tesis la siguiente: **DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS**

⁴² Contradicción de tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Resolución de 3 de septiembre de 2013.

TRATADOS INTERNACIONALES, CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL.

El concepto de parámetro de regularidad constitucional provenía, desde la discusión de 2012, en el marco propuesto por el ministro Cossío en sustitución de la idea de bloque de constitucionalidad, si bien, con diferencias importantes respecto del contenido del concepto.

El ministro Zaldívar planteó que los derechos humanos debían considerarse en el mismo rango con independencia de su fuente, tratado o constitución, dado que el concepto central del Derecho lo consistía la idea de "masa de derechos". Lo anterior, implicaba un elemento fundamental: la supresión del concepto de supremacía constitucional para el tema de los derechos humanos, pues tales derechos no podían referirse o relacionarse en términos de jerarquía.

El propio ministro Zaldívar expuso, retomando las discusiones de 2012, que existían dos momentos de la jerarquía constitucional: el previo, en el que la Constitución prevalecía sobre los tratados internacionales; que correspondía a todo el proceso de aprobación de los derechos humanos que debía de cumplirse pues, de lo contrario, el tratado internacional no existía formalmente para el país. El segundo momento, el posterior, ocurría una vez que se hubiera aprobado el tratado internacional y no existiera imputación de inconstitucionalidad o hubiera sido resuelta ésta en sentido negativo, por lo que, a partir de dicho momento, los tratados de derechos humanos adquirían un rango constitucional.

Para el ministro, el catálogo de derechos debía entenderse como el mismo conjunto de derechos, con independencia de su fuente, y cuyo origen era siempre la Constitución. Por tanto, debía utilizarse como parámetro en la interpretación de las normas de derechos humanos y, con independencia de la fuente, debía privilegiarse el ejercicio del derecho. Lo anterior, tomando en consideración que los derechos son interdependientes e indivisibles, por lo que el derecho, cualquiera que éste sea, en sede constitucional o convencional, era el mismo y debía interpretarse de manera armónica. Por tanto, los derechos humanos, con independencia de

su fuente, se convertían en el parámetro de validez de las normas jurídicas.

A la exposición inicial del ponente, se presentaron los siguientes argumentos. En primer término, el ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, se manifestó en contra del modelo, por lo que respecta a las restricciones constitucionales. El ministro argumentó que en el caso de las restricciones constitucionales a los derechos fundamentales, no procedía la interpretación conforme a favor de un derecho. En síntesis, su postura, es que la restricción de derechos humanos, prevista constitucionalmente al colisionar con el principio pro persona debía ser resuelta en favor de la disposición constitucional.

Por su parte, el ministro Pérez Dayán señaló que no podía establecerse una diferenciación entre los tratados internacionales de derechos humanos y el resto de los tratados internacionales, dado que no existían diferencias entre tipos de tratados internacionales en el numeral 133 de la Constitución, que los englobaba en uno sólo. Por consiguiente, en atención al numeral 133 de la Constitución, no podía señalarse que no hay relación jerárquica entre la Constitución y los tratados, ya que éstos últimos deben ser acordes con el Código Supremo.

Aunado a lo anterior, para el ministro Pérez Dayán, al no haberse reformado el numeral 133 de la Constitución en 2011, no podía variar su interpretación. Finalmente, señaló que la reforma de derechos humanos y los asuntos resueltos por la Corte no podían modificar el sistema constitucional.

A continuación, la ministra Luna Ramos estableció su punto de vista. En primer término, que sí existía jerarquía entre la Constitución y los tratados internacionales, en virtud de que la aprobación de los mismos dependía de que cumplieran el procedimiento previsto en la Constitución. Expresó el concepto de validez kelseniana de los tratados internacionales, en la que, para que una norma inferior fuera válida, debía ser aprobada de conformidad con la norma y procedimiento establecido en la norma superior. Por lo que, en este caso, los tratados eran una norma inferior debido a que su validez dependía de que fueran aprobados por el órgano y procedimientos establecidos en el numeral 135 del Código Supremo.

La ministra Luna Ramos expresó que la reforma de 1934 al artículo 133 constitucional había sido la última experimentada por esa disposición. Por lo que la interpretación que debía prevalecer era la misma, esto es, la existencia de una supremacía constitucional debía prevalecer al no haberse modificado la disposición. Asimismo, expresó que los tratados internacionales se sujetaban, vía control constitucional ejercido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), por lo que, el parámetro de medición de los mismos era la Constitución y no otra norma. Por tanto, la Constitución prevalecía sobre los tratados. Finalmente, la ministra expuso que en atención a lo señalado por la Convención de Viena, era posible dejar de aplicar tratados internacionales en los casos en que se acreditaran violaciones manifiestas a la aprobación de los mismos. De lo cual se desprendía su inferioridad respecto del orden interno en el que rige la Constitución.

Más adelante, el ministro Aguilar Morales planteó un problema técnico respecto de la interpretación propuesta. Señaló que la tesis del ministro Zaldívar podría llevar a la desaplicación de un precepto constitucional, lo que consideró inadecuado.

El ministro Gutiérrez Ortiz Mena señaló que las restricciones constitucionales de las que hacía mención el artículo primero debían interpretarse en razón de lo señalado en el artículo 29 constitucional, no como límites de los derechos sino de su ejercicio. Para el ministro, en caso de conflicto, lo que debía hacerse era ponderar cada caso en concreto y no establecer a priori una jerarquía que pudiera restringir derechos.

El ministro Fernando Franco puso a discusión que la SCJN, al resolver la acción de inconstitucionalidad 155/2007 promovida por el Procurador General de la República en contra del Congreso del Estado de Yucatán, se había pronunciado a favor de resolver atendiendo a la protección más amplia para la persona. Situación que debía modificarse en razón de la discusión actual. Por consiguiente, planteó el modelo que, a su juicio, debía ser el que reglamentara las decisiones judiciales a partir de ese momento y que a la postre triunfaría:

- 1) La Constitución prevalece sobre el resto del sistema jurídico;
- 2) Salvo, en los casos de tratados internacionales de derechos humanos, los cuales tienen paridad constitucional;
- 3) Sin embargo, en caso de colisión entre restricción constitucional y tratado internacional, prevalecen las restricciones.

El ministro Cossío Díaz planteó también su posición. Señaló que el concepto de supremacía constitucional había sido modificado. La supremacía constitucional existía, pero sólo era temporal, dado que, al momento en que el tratado internacional era aprobado, adquiría jerarquía constitucional, en términos del artículo 1 de la Constitución. A partir de ahí, señaló la existencia de un bloque de regularidad, que era protegido en dos vías: la constitucionalidad y la convencionalidad. Este bloque de regularidad planteaba la supremacía de los derechos.

La ministra Sánchez Cordero sostuvo su posición de maximizar el ejercicio de los derechos humanos, considerando las herramientas del artículo 1 constitucional para siempre resolver a favor de los derechos de las personas. Planteó que jerarquizar los derechos, primero los constitucionales y después los convencionales, implicaba en los hechos nulificar derechos.

El ministro Ortiz Mena señaló que, en caso de duda, debía resolverse con reglas de ponderación y no de subsunción.

El ministro Silva Meza expuso a continuación que cuando en la Constitución se estableciera una restricción expresa a un derecho humano, lo procedente no era aplicar directamente la restricción, sino ponderar el caso. El juzgador debía resolver ponderando los derechos en juego frente al caso concreto. Por ello, ante la presencia de una limitación a un derecho fundamental, era deber del juzgador considerar que tal limitación era excepcional; acompañada de una garantía para su cumplimiento, y partir de la base de que la prevalencia de un derecho sobre otro ocurre siempre y cuando se garantice una mayor protección.

El ministro Pérez Dayán, respondiendo a la posición del ministro Silva Meza, consideró que la restricción era concluyente, por lo que no era válido ponderar.

En cuanto al ministro Cossío Díaz, su postura partía de la premisa de que debía considerarse el diseño como una nueva antropología constitucional. En su posición, no estaba de acuerdo con que los derechos «no se relacionen en términos jerárquicos».§ Sí hay una relación jerárquica que no significa que siempre prevalece la Constitución. Considerar la posición de la restricción por encima del Derecho, hacía perder la centralidad del principio pro persona.

En dos decisiones divididas, los ministros consideraron:

- 1) Por diez a uno,⁴³ que los 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.
- 2) Por seis a cinco, se modificó el criterio original (LA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA). Mismo que fue sustituido por el de JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 21/2011

El 9 de septiembre de 2013, unos días después de la contradicción de tesis 293/2011, el Pleno de la SCJN debía resolver una contradicción sostenida entre las salas de la propia Corte relativa a la procedencia del amparo en revisión.

El punto central de discusión era que la Primera Sala de la SCJN consideraba que el amparo en revisión era procedente cuando la sen-

§ Énfasis añadido.

⁴³ El ministro José Ramón Cossío mantuvo la postura de prevalencia del mandato constitucional de interpretación de la Constitución y los tratados internacionales, buscando siempre la protección más amplia para las personas.

tencia combatida se hubiera pronunciado u omitido pronunciarse sobre la colisión entre una ley secundaria y un tratado internacional de derechos humanos, al considerar la vulneración a un derecho fundamental de sede convencional como una cuestión de constitucionalidad. Por su parte, la Segunda Sala de la Suprema Corte consideraba que, se trataba de una cuestión de legalidad.

En una pregunta, la contradicción de tesis debía resolver la cuestión siguiente: ¿La inconventionalidad de una ley es una cuestión de inconstitucionalidad?

La respuesta del ministro Gutiérrez Ortiz Mena fue afirmativa. Por un lado, consideró que desde la contradicción de tesis 293/2011 se aclaró expresamente que era imprescindible distinguir entre la incorporación de un tratado internacional al orden jurídico (al cumplir sus requisitos de validez) de su validez sustancial (a partir de su conformidad con la Constitución y los tratados). En ese sentido, al ser aprobados y formar parte de la norma suprema de la Unión, los derechos de los tratados internacionales asumían un estatus constitucional, constituyéndose en el parámetro de control de regularidad constitucional.

En ese sentido, para efectos de la procedencia del amparo en revisión, era preciso interpretar el concepto de “cuestión constitucional”, considerando que existen dos aspectos propiamente constitucionales:

- 1) Sistema de fuentes y
- 2) Protección de derechos.

El primero de ellos implica que una cuestión de constitucionalidad tiene que partir del análisis de un precepto del Código Supremo. No basta con mención expresa de un artículo, debe hacerse un ejercicio de interpretación. En ese sentido, por cuestión constitucional se entiende el respeto al sistema de fuentes: por cuanto hace a la jerarquía de procedimientos y actos realizados por los órganos originarios del Estado, en el cual si bien se tutelan contenidos sustantivos, lo relevante es el carácter supremo de la Constitución.⁴⁴

⁴⁴ Véase parágrafo 71.

Por su parte, el sistema de protección de derechos implica que por cuestión de constitucionalidad debe salvaguardarse una unidad de principios objetivos del ordenamiento jurídico, en donde se establece una jerarquía axiológica de derechos.⁴⁵ Los derechos humanos de la Constitución y los tratados internacionales son el parámetro de regularidad constitucional. Por consiguiente, la violación de un derecho humano constitucional o convencional, es una cuestión de constitucionalidad y hace procedente el amparo en revisión. Por lo que resulta procedente el amparo en revisión en casos de interpretación u omisión sobre temas relacionados con derechos humanos. “Para la Constitución es el mismo derecho y tiene el mismo nivel de protección”.

Ello derivó en la tesis: CUESTIÓN CONSTITUCIONAL. PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. SE SURTE CUANDO SU MATERIA VERSA SOBRE LA COLISIÓN ENTRE UNA LEY SECUNDARIA Y UN TRATADO INTERNACIONAL, O LA INTERPRETACIÓN DE UNA NORMA DE FUENTE CONVENCIONAL, Y SE ADVIERTA *PRIMA FACIE* QUE EXISTE UN DERECHO HUMANO EN JUEGO.

Esta tesis, poco estudiada, resultó mucho mejor para la protección de los derechos humanos que la resuelta días antes por la Suprema Corte. Sin embargo, su impacto en la academia ha sido prácticamente nulo.

PROBLEMAS DERIVADOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Una vez concluida la exposición de los dos modelos derivados de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011, queda claro que el nuevo paradigma del Derecho en México, al que me referí en el libro, sufrió un descalabro importante. Pero no definitivo. La actividad judicial y la cultura jurídica garantista, poco a poco, se han ido imponiendo en muchos espacios del país. He encontrado sentencias relevantes en temas de Derecho penal, electoral, civil, familiar

⁴⁵ Véase parágrafo 72.

o propiamente constitucional. Desde el ámbito federal y local, la SCJN, los tribunales colegiados, los tribunales electorales, así como algunos tribunales superiores de justicia (San Luis Potosí, por ejemplo) han actuado y adecuado sus conductas al nuevo modelo de interpretación del Derecho. Al final del día, esta posición terminará prevaleciendo. Los jueces mexicanos han entendido, en mayor o menor medida, la importancia de construir un sistema de protección de los derechos.

La batalla entre formalistas y garantistas, sin embargo, sólo ha iniciado. Encuentro también muchos problemas en la aplicación de la reforma y algunas circunstancias no menores, que reflejan ciertas resistencias o imprecisiones en la operación. En el libro expuse el tema del formalismo enervante, así que no lo repetiré en este momento. Me gustaría, por el contrario, describir nuevos problemas desde la función judicial; con base en los casos concretos, no sólo desde la formulación teórica. Enumero seis de ellos.

Alcance del control de convencionalidad

El primer problema. ¿quién debe ser el guardián de la convencionalidad? Si me permiten parafrasear el título de la inmortal obra de Kelsen la respuesta, de acuerdo con la jurisprudencia de la SCJN, es clara en el asunto varios 912/2010, enunciado en el libro:

- 1) La SCJN y los tribunales de circuito y juzgados en control concentrado, a través del amparo y abstracto (la Corte) en acción de inconstitucionalidad;
- 2) Los tribunales electorales en un control concreto en su materia, desaplicando normas contrarias a la Constitución;
- 3) Los tribunales locales, en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad;
- 4) Las autoridades administrativas, por su parte, sólo pueden hacer interpretación conforme, pero nada más.

Esto ha llevado a una posición errónea a mi juicio. Para los formalistas, el control de convencionalidad debe ejercerse sólo en

razón de sus reglas procesales, por lo que, si las normas orgánicas o procesales no otorgan dicha competencia a los tribunales, el control de la constitucionalidad les está vedado. No comparto este punto de vista, el objetivo de la reforma constitucional fue poner los derechos humanos en una primera línea, por lo que no puede verse restringida la actividad judicial indispensable para su protección. Pensar lo contrario implicaría restarle valor a los principios constitucionales y limitar el alcance del texto constitucional al mandato de normas legales posiblemente previas a la reforma constitucional. He comentado el tema en la inconstitucionalidad e inconveniencia sobrevenida.

El problema se agudiza cuando pensamos en la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el Caso *Gelman vs Uruguay*. En dicho asunto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señaló que no sólo los poderes judiciales debían ejercer el control de convencionalidad (como en *Almonacid Arellano vs Chile*, o en *trabajadores cesados del Congreso vs Perú*). La CIDH señala que cualquier autoridad se encuentra obligada a ejercer control de convencionalidad y, por tanto, tener como parámetro superior de validez de sus normas internas los mandatos supranacionales.

En el caso de las autoridades administrativas, como el Consejo General del INE o el Consejo de la Judicatura Federal, ello implica que pueden desaplicar normas contrarias a los tratados internacionales de derechos humanos, no sólo en los ámbitos de sus funciones materialmente jurisdiccionales, sino también en las materialmente administrativas, cuando la vulneración de los derechos humanos sea palpable (por ejemplo, el Registro Federal de Electores al expedir las credenciales para votar). ¿Queremos hablar de progresividad? Esta es una buena forma.

Problema dos. Interpretaciones asistemáticas DA- 226/2013 La improcedencia del Juicio de Amparo y el desechamiento de amparos promovidos por personas morales. En el Décimo Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito ocurrió un choque entre un magistrado formalista (paleopositivista) y dos magistradas de corte moderno. El problema fue una interpre-

tación asistemática de la reforma constitucional y de la reforma en materia de derechos humanos en cuestión.

El primer problema se dio durante la *vacatio legis* para la expedición de la nueva Ley de Amparo derivada de la reforma de 6 de junio de 2011, y la de derechos humanos de 10 de junio siguiente. En la reforma constitucional se estableció el concepto de derechos humanos, como se ha explicado, dejando atrás el decimonónico tardío concepto de garantías individuales (o alboreo del siglo xx para México, pues se introdujo en 1917).

Lo anterior llevó al citado magistrado a considerar que, en virtud de que ya no existían garantías individuales, y la Ley de Amparo vigente protegía solamente garantías individuales y no derechos humanos, los amparos promovidos entre el 10 de junio de 2011 (fecha de la publicación de la reforma en materia de derechos humanos) y la expedición de la nueva Ley de Amparo (que de acuerdo con el transitorio debía ser dentro de los 150 días siguientes) los amparos debían sobreseerse al no existir materia.

Es clara la visión reduccionista del magistrado, pues era una violación flagrante del derecho de acceso a la justicia (de corte constitucional y convencional, por cierto). La interpretación gramatical no implicaba la extinción de los derechos. Llevando el argumento del magistrado al absurdo, la reforma constitucional de derechos humanos, sin Ley de Amparo, implicaba la imposibilidad procesal de defenderlos y, por tanto, la posibilidad de denegar justicia o de violar derechos sin consecuencia. A mi juicio, era para responsabilidad.

Pero el tema no quedó así. Más adelante, incluso como presidente, acordó el desechamiento de las demandas de amparo promovidas por personas morales. El argumento, nuevamente asistemático y disfuncional, era que el artículo 107, fracción I de la Constitución señalaba que era procedente el amparo cuando se violaran los derechos reconocidos por la Constitución (esto es, los humanos). Las personas morales, sostenía el magistrado, no eran seres humanos y, por tanto, no tenían derechos humanos. Por consiguiente, el amparo era improcedente.

Nuevamente, llevando el argumento del magistrado al absurdo, las personas morales en el país no contaban con un mecanismo procesal de defensa para defender los derechos elementales como la garantía de audiencia, el debido proceso o a la imagen, a pesar de que sus intereses fueran lesionados. Nuevamente una aberración que, afortunadamente, la SCJN corregiría.

Problema tres: el concepto *ex officio* (Juicio de amparo 767/2012 juez Fernando Silva García y Sria. Ursula Vianey Gómez).⁴⁶ ¿Cuál es el alcance del concepto *ex officio*? No se trata de una idea de que el órgano jurisdiccional conozca de oficio acerca de la violación de un derecho fundamental, aun en ausencia de un concepto de violación o agravio, o incluso sin la presentación de la demanda. De ninguna manera. No directamente al menos.

La idea es que el juzgador, en razón de su oficio, es decir, frente a las controversias que se someten a su consideración, en atención a las reglas procesales (que pueden prever, por ejemplo, la suplencia de la queja total aun sin concepto de violación o principio de agravio, pero que pueden no prever tal situación), debe analizar la convencionalidad y constitucionalidad de las leyes que debe aplicar. En caso de no soportar la prueba de ácido del parámetro superior de validez, el juzgador tiene la obligación de desaplicar la norma frente a los casos concretos. La pregunta es, ¿cómo? La presente sentencia da una idea.

El caso versa en un juicio de Amparo promovido en contra de la tercera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, resolución que a su vez confirmó la del juez en el incidente de cambio de guardia y custodia. La madre y el padre en su divorcio habían acordado en el convenio que la guardia y alimentos del menor (hijo) quedaría a cargo del padre. La madre promovió un incidente de cambio de guardia y custodia, y solicitó el pago de una pensión alimenticia. El padre argumentó que el niño tenía un desarrollo físico y social adecuado, presentó como prueba testi-

⁴⁶ Juicio de amparo 767/2012, juez: Fernando Silva García. Secretaria: Úrsula Vianey Gómez Pérez. Quejosa: Wendy Jiménez Bueno. Sentencia dictada por el juez Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región, el 15 de marzo de 2013.

monios de maestras y autoridades escolares. La madre alegaba que el artículo 282 del Código Civil del Distrito Federal establecía que la guardia y custodia de un niño menor de 12 años correspondía a la madre.

La parte relevante, para el control de convencionalidad y constitucionalidad es la metodología que la sentencia elaboró respecto del concepto *ex officio*. Para el entonces juez de Distrito y hoy magistrado federal, la potestad *ex officio* debía atender a un margen de racionalidad. En ese orden de ideas, señaló que el juzgador estaba obligado a ejercer control de convencionalidad y convencionalidad *ex officio* cuando forme parte del litigio.⁴⁷

- 1) La norma inconventional se hubiera aplicado de manera expresa o tácita en el acto.
- 2) La norma inconventional se hubiere aplicado en el procedimiento.
- 3) La norma haya sido inobservada en el acto y la parte quejosa invoque su aplicación.

A partir de ese esquema, el juzgador debía retomar los criterios de la SCJN respecto del ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad. Partir de la presunción de constitucionalidad de la norma considerar, en su caso, una interpretación conforme en sentido amplio de las disposiciones. En caso de que la interpretación conforme arroje una favorable a los derechos y otra restrictiva, favorecer el ejercicio de los derechos. Finalmente, en caso de que nada de lo anterior sea posible, inaplicar frente al caso concreto.

En ese tenor, resultaba obligatorio para el juzgador, de acuerdo con la propia sentencia, inaplicar una norma cuando:

- 1) Cuando exista jurisprudencia nacional vinculante sobre inconstitucionalidad o inconventionalidad de la norma legal (no importa que no exista agravio).

⁴⁷ En el caso de suplencia de la queja total, la idea es que el análisis *ex officio* resulta obligatorio para el juzgador, aun cuando no exista agravio expreso; pero se advierta la inconstitucionalidad o inconventionalidad por parte del juzgador.

- 2) Cuando exista sentencia o jurisprudencia internacional de la CIDH.
- 3) Cuando el juzgador encuentre razones para sostener la inconstitucionalidad o inconveniencia (exista causa para pedir, suplencia y vulneración manifiesta).

En el caso en concreto, aun cuando la SCJN se pronunció después en sentido opuesto, el juez federal consideró que el artículo 282 citado era inconstitucional e inconveniente por las razones siguientes:

- 1) Vulneraba los derechos del padre, al impedir que pudiera obtener la guardia y custodia.
- 2) Vulneraba los derechos del niño, en virtud de que establecía una norma que de forma apriorística, sin atender al interés superior del menor, resolvía a favor de la madre.

A lo anterior habría que apuntar, adicionalmente, que también discriminaba a las mujeres porque las estereotipaba y las circunscribía a funciones domésticas. El juez terminó negando el amparo.

Problema cuatro: Colisión de derechos del inculpaado y la víctima en materia penal

Introducción a la problemática

Dos sentencias de órganos locales posteriores a la reforma constitucional ejemplifican el problema que quiero plantear. El modelo teórico de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 es propio del Estado constitucional de derecho. Para algunos ha sido considerado un modelo neousnaturalista. Para otros, entre los que me incluyo, como consecuencia directa del pensamiento garantista.

De cualquier forma, se trata de una reforma constitucional que pone en primer lugar a los derechos fundamentales, y que coloca a los juzgadores en una situación privilegiada de protección de los derechos. Dejan de ser mecánicos aplicadores para erigirse en pro-

tectores de derechos. La función de los juzgadores es ser un poder contramayoritario que proteja a las minorías.

Cabe señalar que el sistema también permite tener distintos grados de cumplimiento de dicha función. Los órganos jurisdiccionales superiores evidentemente cuentan con mayor posibilidad de proteger los derechos humanos, pues su función es revisar la violación del derecho humano básicamente por una autoridad (falta perfeccionar la protección de derechos humanos frente a particulares). Su labor es más sencilla porque deben proteger el derecho vulnerado por una autoridad. Conforme uno baja el escalafón judicial, y llega a los juzgados de primera instancia, se encuentra con que la dinámica es diferente. El juzgador debe resolver entre el enfrentamiento entre dos partes que pueden tener identidad de fuerzas en el litigio. En ocasiones, la norma establece las reglas procesales de suplencia o los mecanismos de interpretación que permiten proteger al grupo vulnerable (el interés superior del menor, por ejemplo, o los derechos de las mujeres, de los adultos mayores o de los pueblos indígenas). En esos casos, el deber del órgano jurisdiccional es proteger los derechos del grupo vulnerable.

Esto es posible en materia laboral, familiar, electoral o sobre derechos del medio ambiente o de los consumidores. Digamos que es más fácil ser garantista. Sin embargo, en materia penal la situación es diferente. El contexto del país obliga a replantear los conceptos garantistas puros. Ello no significa que avale el Derecho penal del enemigo. En lo absoluto, me parece retrogrado, vacío, peligroso. Profundamente antidemocrático, toda vez que reducir los derechos de un grupo significa reducir los derechos de todos. Lo que quiero decir es que en materia penal tenemos, en todos los ámbitos, desde la primera instancia hasta el amparo en revisión, un choque de derechos entre los derechos del inculpado y los de la víctima, cuyo equilibrio no siempre puede ser resuelto en términos garantistas si la solución se convierte en la vulneración del derecho de la contraparte.

Creo que las sentencias que voy a comentar explican esta situación de manera adecuada. La primera, de la jueza Rebeca Schmitter, en Querétaro, significó un ejercicio importante para plantear el problema: puede declararse la desaplicación de una norma a favor

del inculpado, cuando no se advierta que la víctima sea afectada en sus derechos. La segunda, del Tribunal Supremo de Justicia de San Luis Potosí, plantea una discusión importante y oportuna, más acabada, sobre la interpretación estricta a favor del inculpado y los derechos de las mujeres, en específico, de una mujer adulta mayor.

Expediente 106/2011.

Tribunal Superior de Justicia de Querétaro

En el caso, la jueza Rebeca Schmitter, del Tribunal Superior de Justicia de Querétaro debía resolver un asunto relacionado con el delito de armas prohibidas en su modalidad de portación. De acuerdo con la disposición del numeral 68 del Código Penal de dicha entidad federativa, antes de dictar el auto de libertad, el juez de la causa debía esperar la entrega de los estudios criminológicos por parte de la Procuraduría General de Justicia del estado.

Lo cierto es que, a pesar de haberse vencido el plazo para que la Procuraduría presentara dichos estudios, no cumplió con su obligación legal. La jueza, por las características del caso, ha determinado que le concederá la libertad al inculpado. Sin embargo, requiere del desahogo de los estudios criminológicos que no han sido aportados por la autoridad. La pregunta es, ¿el actuar negligente de una autoridad puede irrogar perjuicio a un ciudadano? Más cuando el precio que se paga por la negligencia es la seguridad.

La jueza decidió no esperar estudio criminológico interdisciplinario, inaplicando el numeral 68 del Código Penal por no ser acorde, en el caso concreto, con lo dispuesto por el artículo 1 de la Constitución y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). La norma no es inconvencional o inconstitucional *per se*, sólo para el caso concreto. Argumenta:

la espera del estudio criminológico interdisciplinario, vulneraría el derecho humano (libertad) en mención, motivo por el cual, se procederá a dictar la sentencia de mérito, sin que con ello se advierta, se vulnere algún derecho fundamental para alguna de las partes ...

La solución, si bien adolece de dar las razones respecto del porqué no se vulnera el derecho fundamental de las partes, es impecable en cuanto a que el actuar negligente de una autoridad puede significar la violación al derecho de acceso a la justicia. Asimismo, es relevante porque permite apreciar que existen derechos en juego entre el inculpado y la víctima, y la autoridad jurisdiccional debe ponderar cuál debe prevalecer en cada caso concreto.

Recurso de Apelación 878/2012.

Supremo Tribunal de Justicia de San Luis Potosí

El caso trata de una apelación interpuesta por el Ministerio Público en contra de auto de sujeción a proceso, por haber reclassificado de forma incompleta el delito. En este caso, un joven toxicómano ataca a su madre. La golpea y pateo en el suelo. La ataca con un cuchillo sin hierla. La madre alcanza a escapar y correr hasta una parada de autobuses, donde los peatones detienen al hijo. El Ministerio Público (MP) solicita entonces que se procese al inculpado por homicidio en grado de tentativa, lesiones y violencia familiar. El juez, en el auto de sujeción a proceso, sólo lo reclassifica por lesiones.

En el recurso, se declaran fundados los agravios del MP, toda vez que de la descripción típica se desprenden los siguientes elementos constitutivos:

- 1) Las calidades de los sujetos activo y pasivo: que el delito se cometa en contra del cónyuge, concubina o concubinario, o persona que mantenga o haya mantenido una relación de hecho, pariente consanguíneo en línea recta ascendiente o descendiente sin limitación de grado, pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado o adoptante. Lo cual se actualizaba en el caso en concreto.
- 2) Que el agente del delito cometa actos abusivos de poder u omisión intencionales, dirigidos a dominar, someter, controlar o maltratar de manera física, verbal, psicológica, patrimonial, económica o sexual contra alguno de los sujetos que señala la norma penal.

En este segundo punto existen dos interpretaciones: La primera indica que la conducta del activo debe ser reiterada, mientras que otro criterio sostiene que basta con un solo acto de los descritos por la norma penal para la actualización del delito de Violencia familiar. Interpretar a favor de los derechos del inculcado llevaría a que sólo fuera juzgado por el delito de lesiones, subsumiéndose el de violencia familiar. Interpretar la norma en el segundo modelo implicaría, por el contrario, resolver a favor de la madre adulta mayor. La línea del garantismo no ayuda a resolver sin un ejercicio de ponderación entre los derechos del inculcado y los de las víctimas.

El tribunal potosino sostuvo que la interpretación armónica de los preceptos normativos en consulta y el criterio de la CADH emanado de las resoluciones invocadas, permite colegir, que tanto la Constitución como la CADH reconocen el derecho a la vida digna y la integridad personal en todos sus aspectos; y tutelan el desarrollo de la familia, que lleva implícito el derecho a que no se generen condiciones que impidan o dificulten a la persona el acceso a una existencia digna, especialmente en los casos de personas en situación vulnerable, como lo son las mujeres y los niños, quienes son titulares de los derechos fundamentales a tener una vida digna en el núcleo familiar.

Asimismo, señaló que es claro que un solo acto de maltrato vulnera la dignidad de quien lo sufre, así como su integridad personal y autoestima, e impide el disfrute de derechos y libertades en un plano de igualdad en el núcleo familiar. Por consiguiente, maximizando los derechos de la víctima, en perjuicio de los del inculcado, se decretó auto de formal prisión al responsable, al haberse tipificado su conducta en las figuras delictivas de Violencia familiar y lesiones.

Problema cinco. Separación de argumentos. Toca 286-2012, relativo a la revisión de oficio de sentencia definitiva en un caso de desconocimiento de paternidad por el Supremo Tribunal de Justicia de San Luis Potosí. Otro problema que se presenta en muchas sentencias en las que se aplica el control de convencionalidad y constitucionalidad es la separación de argumentos. La sentencia que sirve de ejemplo, en realidad, me parece que materialmente

es un ejercicio de control de constitucionalidad e inconventionalidad extraordinario. Declara la inaplicación de los artículos 171, 173 y 178 del Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí, así como 19.3 del Código Civil vigente en esta entidad federativa, en virtud de vulnerar los derechos de los niños y, en específico el derecho a la personalidad.

El punto a destacar no es sólo el de fondo, sino el de la forma. La sentencia analiza de forma diferenciada, en considerandos aparte, la constitucionalidad y convencionalidad de la norma. El problema es que, de acuerdo con la metodología de la SCJN, debe realizarse una interpretación conforme en sentido amplio tomando todos los elementos normativos que establezcan los alcances de un derecho. Por ello, no es posible separar los argumentos de constitucionalidad y de convencionalidad. En tal sentido, debe atenderse al derecho de forma indivisible e interdependiente.

Para decirlo en otras palabras: no existe un derecho a la libertad de expresión constitucional y otro derecho a la libertad de expresión convencional. Es el mismo derecho, por lo que la premisa normativa debe ser única (un ejemplo electoral de esta forma anómala, a mi juicio, de abordar el tema es la sentencia de la Sala Superior del Tribunal relativa al juicio ciudadano promovido por Manuel Clouthier en contra de la decisión del Instituto Federal Electoral (IFE) que le negó el registro como candidato independiente. La Sala Superior se dividió entre legalidad, convencionalidad y constitucionalidad, cuando debió hacerlo en forma conjunta. Seguir por ese camino implicará dejar de hacer control de convencionalidad en los hechos, cuando el caso se resuelva por legalidad o por constitucionalidad. Lo cual incumple el objetivo de la reforma y la idea de que exista un control de convencionalidad difuso por parte de todos los operadores jurídicos del país).

Ahora bien, volviendo al tema acerca del desconocimiento de paternidad, la sentencia potosina de primera instancia contempló como resolutivos que el actor acreditó la acción de DESCONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. El padre promovió el desconocimiento de paternidad por los testimonios de las vecinas. Se sometió a la prueba de ADN y resultó que no era el padre del menor. La resolución

decretó el desconocimiento de la paternidad, la no obligación de brindar alimentos y, por si fuera poco, que se hiciera una anotación en el acta del registro civil del niño para retirarle el apellido paterno.

Las partes no recurrieron la resolución de merito, razón por la que, el juez del conocimiento remitió los autos del expediente al Tribunal de Alzada, para su revisión de oficio. Lo anterior, en virtud de que el artículo 964 del Código de Procedimientos Civiles del Estado dispone que las sentencias que se dicten sobre modificación de actas del estado civil y sobre nulidad de matrimonios, deben ser revisadas de oficio por la Sala que corresponda del Supremo Tribunal de Justicia.

La sentencia refiere que en acatamiento al principio *pro homine* y en ejercicio del control difuso de convencionalidad, es preciso inaplicar al presente caso los artículos 171, 173 y 178 del Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí, así como 19.3 del Código Civil vigente en esta entidad federativa, por no ser conformes, en el aspecto examinado, a las normas constitucionales y convencionales a que se ha venido haciendo referencia y cuyo contenido favorece con mayor amplitud a los intereses del menor. Se ordenó en consecuencia que el niño mantuviera su apellido por tratarse de un derecho a la personalidad, mismo que hubiera sido afectado de haberse permitido que, durante su desarrollo, le modificaran su nombre dentro del contexto social, retirándole el apellido paterno. La sentencia fue oportuna, garantista y atenta al interés superior del menor.

Problema seis. Garantismo espurio. Pedro Salazar acuñó hace algunos años el concepto de garantismo espurio, para hablar de aquella actividad de los órganos jurisdiccionales que, con ánimo garantista, se excedían del marco normativo por diversas causas: exceso, selección política de los actores (por ejemplo, a favor de Jorge Hank Rohn, pero en contra de un ciudadano común a pesar de que las demandas de ambos tenían un argumento común).

Un caso de garantismo espurio se encuentra en una sentencia del Juzgado de Distrito de Coatzacoalcos: 34 hombres, mayores de

edad, de profesión maestros, cambian de domicilio de los estados de Tabasco y Chiapas a Veracruz. Dan de alta su cambio de domicilio en el Registro Federal de Electores (RFE). Cabe señalar que todos se cambiaron a la misma dirección. Caso claro de turismo electoral.

La Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales (FEPADE) solicitó el auto de formal prisión por alteración del RFE, en los términos del entonces vigente artículo 411 del Código Penal Federal. La jueza de distrito negó el auto de formal prisión y concedió la libertad en un proceso argumentativo que podría considerarse como garantismo espurio.

El primer argumento señalaba que el principio de *non bis in idem* impedía que se volviera a sancionar dos veces a la misma persona por la misma conducta. En opinión de la jueza, como ya existía una sanción administrativa, ya había sido juzgada la persona y no podía iniciarse el proceso penal. No comparto la posición de la jueza. Mi punto de vista es que existe una profunda ignorancia respecto al principio de *non bis in idem*, que se aplicaría en caso de que se pretendiera someter a un segundo proceso penal a alguien que ya había sido juzgado por esa conducta, pero no por una sanción de corte administrativo, que es autónoma del proceso penal.

El segundo argumento era que debía privilegiarse el principio de mínima intervención, por lo que, al existir una sanción administrativa se hacía innecesario el proceso penal. Nuevamente la jueza incurrió en un error, que llevando al absurdo, implicaría que no podría aplicarse ninguna sanción penal, por ejemplo, por el uso de recursos ilícitos en una campaña electoral, por existir la causal de nulidad de la elección. El ánimo garantista, como puede apreciarse, vulnera la lógica y la naturaleza del proceso penal.

Finalmente, el tercer argumento de la jueza fue ejercer un control de convencionalidad, señalando que el tipo penal era demasiado abierto y desaplicó la norma, así como una jurisprudencia de la SCJN,⁵ por considerarlas contrarias a la reforma constitucional en materia de derechos humanos. El garantismo, hay que decirlo, no es para generar impunidad, sino para proteger los derechos.

5 Énfasis añadido.

MODELO PARA MEDIR LA CALIDAD DE LAS SENTENCIAS EN EL MARCO DEL NUEVO PARADIGMA

El Estado constitucional de derecho ha formado un nuevo tipo de juzgador que debe enfocarse más en el ámbito de la interpretación y la argumentación jurídica. Se han elaborado algunos modelos para plantear cómo podía hacerse el tránsito del juez mecánico aplicado al juez del Estado constitucional (yo no comparto la idea de que exista una diferencia rotunda entre jueces neo constitucionales y jueces garantistas. Me parece que el Estado constitucional de derecho es el género próximo que aglutina una serie de neo-constitucionalismos, entre los que se encuentran los principalistas, los garantistas, los no positivistas, entre otros).

En ese orden, en México se han desarrollado varios modelos. El más completo, formal y material, es el proyecto encabezado por Jorge Cerdio, Rodolfo Vázquez y Rodolfo Vigo (2009-2011), dividido en tres aspectos: el comunicacional de las sentencias (si la sentencia comunica de forma adecuada y con un lenguaje apropiado el sentido de la resolución), el normativo (la forma y criterios interpretativos utilizados por el juzgador y explicados en la sentencia) y el de argumentación en materia probatoria (la calidad y fiabilidad de la premisa fáctica).

A continuación, se ejemplifican con decisiones de la Sala Regional Monterrey, la forma en que se cumple con los parámetros teóricos antes citados.

Modelo SRM (Vigo-Vázquez-Cerdio).
Parámetro de claridad

Sentencia	Información Pertinente	Claridad	Definir tema jurídico	Uso de información citada	Argumentos (fácil identificación)	Mejor experiencia
SM-JRC-6/2014	Sí	Sí	Sí	Parcial (tesis)	Sí	Sí
SM-JRC-81/2013	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí

Modelo SRM (Vigo-Vázquez-Cerdio).

Premisa normativa

Sentencia	Identificación del problema (fáctico o normativo)	Identificación de las normas	Establece argumento interpretativo (explica)	Identifica premisas y conclusiones	¿Existen falacias?
SM-JRC-6/2014	Sí	Sí	No	Sí	No
SM-JRC-81/2013	Sí	Parcial (procesal no en nulo)	No	Sí	No

Modelo SRM (Vigo-Vázquez-Cerdio).

Premisa fáctica

Sentencia	Adecuada descripción de antecedentes en la premisa fáctica	Claridad de hechos relevantes	Justificar la aceptación de enunciados fácticos (qué está aprobado y qué consecuencia se infiere)	Ejercicio adecuado de valoración de pruebas respecto a su factibilidad	Ejercicio adecuado de valoración de pruebas respecto a la integralidad de las pruebas	Expone las suposiciones
SM-JRC-6/2014	Modelo privilegia antecedentes al inicio	Sí	No fue un caso de prueba	No había controversia sobre los hechos, sino sobre la interpretación. Pruebas fiables	Sí	No
SM-JRC-81/2013	Modelo no lo permite	Sí	Sí. Señala que está probado y por qué resulta	Sí. Señala por qué resultan fiables	Sí. Analiza todas las pruebas del sumario	Sí

Finalmente, existe otro modelo de matriz, expuesta por el suscrito en el Congreso Internacional de Argumentación Jurídica y en el Tribunal Electoral del Distrito Federal (Niето 2014), ambos de 2014, en el que se trata de establecer un *check list* respecto de qué elementos debe tomar en cuenta el juzgador (de manera formal, sin analizar el contenido material de los argumentos) dentro del paradigma del Estado constitucional de derecho.

El modelo establece que la interpretación debe ser gramatical, sistemática, funcional. La matriz permite medir qué criterio interpretativo utilizó el juzgador. Además, el modelo del nuevo paradigma obliga a ejercer control de convencionalidad. Ello pasa por distintas etapas: la invocación de tratados en la premisa normativa, la migración de criterios, y el control de convencionalidad estricto sentido. La matriz analiza si el juzgador utilizó dichos esquemas. Finalmente, desde el tema de la constitucionalidad analiza si se utilizan principios, si se ejerce control de constitucionalidad o se pondera. En este punto puede analizarse el uso congruente o no del argumento.

Propuesta de matriz

EXPE-DIENTE	INT. GRAM.	INT. SIST.	INT. FUNC.	INVOCA TRATADOS	MIGRACIÓN DE CRITERIOS	USO DE PPIOS.	CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	PONDERACIÓN	USO CONGRUENTE
SM-JRC-6/2014	No	Sí	Sí	No	No SN	Sí	No	No hubo planteamiento (rest. de sólo tres candidatos de MR en RP)	No (ppio. de legalidad vs democracia)	Restricción debida por mandato legal (formal)
SM-JRC-81/2013	No	Sí	Sí	No	No SN	Sí	No	No	No	Sí. No se encuentra probado

¿Cuál es el objetivo de todo esto? Cumplir con la obligación supranacional del Estado mexicano. Los jueces se convierten en detentadores de la función de control de constitucionalidad y convencionalidad. A mi juicio, las autoridades administrativas también. Esta época nos tocó vivir. Y creo que, por las realidades que rodean al Estado mexicano, es preciso que los juzgadores tomen conciencia de su función. Que dejen de pensar en el futuro personal para que reflexionen en el presente nacional. Que establezcan un modelo en el que sea posible cumplir con los siguientes principios básicos de interpretación para la democracia:

- 1) Hacer prevalecer la interpretación funcional, dando el sentido a los principios constitucionales en razón de su esencia, no de su redacción gramatical.
- 2) Hacer prevalecer un criterio de protección de los derechos humanos (el coto vedado, el límite de los decidibles), para que el Poder Judicial controle a los otros poderes cuando vulneren los derechos de los más débiles.
- 3) Entender que la justicia constitucional funciona como motor de cambio de las sociedades. Que lo peor que puede hacer un juez constitucional es anclarse al pasado en certezas autoritarias.
- 4) Entender que la nueva seguridad jurídica está en la protección progresiva de los derechos. Y que, por tanto, no es estática sino dinámica.

Me parece que valdrá la pena hacerlo.