

ANÁLISIS PROSPECTIVO. ¿CUÁL ES EL FUTURO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

La reforma constitucional incorpora como principio interpretativo el *pro homine*, o pro persona, que consiste en el deber de las autoridades del Estado de interpretar las normas relativas a los derechos humanos de la forma que más favorezca a las personas, es decir, mediante una interpretación expansiva o maximizadora de los derechos, resolviendo conforme a la norma que mejor los potencie.³⁵ Sin embargo, esta aplicación no ha estado exenta de debates judiciales y académicos.

Hemos visto como en el plano judicial, las sentencias del Tribunal Electoral han seguido una línea expansiva de fortalecimiento del control de convencionalidad, incluso antes de la reforma constitucional. Primero, desde la integración 1996-2006, con la aplicación de tratados en la construcción de la premisa normativa. Después, a través de un diálogo jurisprudencial, migrando criterios supranacionales para, finalmente, empezar a desaplicar normas, actos y resoluciones contrarios al *corpus iuris* interamericano, siendo en esta etapa, el caso Hank la sentencia que mayor difusión e impacto alcanzó.

Con la resolución del caso Radilla, la reforma constitucional y el asunto varios 912/2010, la perspectiva de aplicación del control de convencionalidad se multiplicó. No sólo en el ámbito federal, sino también en los espacios locales. Lo que ha caracterizado a esta

³⁵ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce y consagra el principio de interpretación *pro homine* en el artículo 29. Ésta ha sido la posición de la corriente doctrinal conocida como garantista, encabezada por el jurista italiano Luigi Ferrajoli. Los derechos humanos se convierten en el “coto vedado”, a través del cual, ni aun las mayorías democráticamente electas pueden aventurarse, según la expresión del jurista argentino Ernesto Garzón Valdez.

etapa es la proliferación de sentencias fundadas en disposiciones convencionales.

Ahora bien, es preciso hacer un alto en el camino para analizar cuál es la perspectiva de la instrumentación del nuevo modelo. A ello nos referiremos en las siguientes páginas.

¿EXISTE UN BLOQUE DE CONVENCIONALIDAD?

La SCJN al resolver el multicitado asunto varios 912/2010 sostuvo, con una mayoría de seis votos, que los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte IDH, cuando el Estado mexicano es parte resultan obligatorios para las autoridades mexicanas. Sin embargo, en esa misma resolución, señaló que los criterios en los que el Estado mexicano no fuera parte, sólo eran orientadores para el Poder Judicial de la Federación.

Respecto de la obligatoriedad de las sentencias cuando el Estado mexicano es parte, poco hay que agregar. El numeral 68 de la Corte IDH así lo expresa sin cortapisas: los estados partes se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en los casos en que hayan sido parte. El problema radica en la obligatoriedad o no de los criterios donde un Estado no es parte.

La decisión de la mayoría es desafortunada. No da cuenta de las reglas del derecho internacional. Tampoco, de la idea de que existe un sistema de control de convencionalidad concentrado que se ejerce por los órganos del sistema interamericano. Si dichas sentencias y opiniones consultivas no son obligatorias, la idea de un control de convencionalidad concentrado se diluye. Y con ella, la idea del bloque de convencionalidad.

El concepto de bloque de convencionalidad ha sido reconocido por la doctrina y por la propia Corte IDH como el parámetro de control difuso de convencionalidad por parte de los jueces nacionales que deben tomar en consideración al resolver la CASDH y las resoluciones de la Corte IDH (Ferrer 2012, 152).

En la resolución del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, parágrafo 227 se aprecia que:

En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

La interpretación que realiza la Corte IDH, hay que remarcarlo, proviene no sólo de los casos contenciosos, sino también de las opiniones consultivas de la propia Corte que, en su conjunto, forman lo que se ha denominado jurisprudencia convencional. No proviene sólo de la CADH, sino que, como se señaló en el voto razonado del juez García Ramírez en el caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, posibilita a la Corte IDH para que dentro del control de convencionalidad aplique todos los pactos que forman parte del *corpus iuris* convencional, como son: el Protocolo de San Salvador, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Belém de Pará, entre otras (Corte IDH 2006).

La decisión de la SCJN no tomó en consideración la importancia de los precedentes internacionales. Tampoco la opinión consultiva 16/99 solicitada por el propio Estado mexicano, en la que se aprecia la idea de que el derecho internacional de los derechos humanos está formado por los tratados y efectos jurídicos variados (entre ellos, resoluciones y declaraciones).

El problema central radica ahora en qué deben hacer las autoridades cuando encuentren que existe colisión entre la normatividad nacional respecto de algún precedente supranacional en el que el Estado mexicano no haya sido parte. Si el choque es entre la normatividad infra constitucional con el precedente, parece que el principio de interpretación *pro homine* nos llevará a buscar la norma más benéfica para las personas. Sin embargo, si la confronta es con la Constitución, según hemos visto en la sesión del 12 y 13 de marzo de 2012, la SCJN no tiene una posición definida.

Como decíamos líneas arriba, la idea de control de convencionalidad concentrado debe partir de la premisa metodológica, de que las decisiones que se den en la instancia supranacional son vinculantes para todos los estados parte. De lo contrario, el siste-

ma se diluye, como han señalado Sergio García Ramírez y Mauricio Del Toro (2012).

Los autores citados también cuestionan el calificativo de “orientador”. Para ellos, el vocablo es ambiguo. Podría significar que los jueces siguieran el criterio de la Corte IDH. También que los jueces lo utilicen al ser una mejor garantía de protección de un derecho, en atención al artículo 29 de la CADH. Finalmente, podría ser orientador cuando, sin existir criterio al caso particular, se utilizara *mutatis mutandi* un precedente.

Con mucha razón, la ministra Sánchez Cordero se refería a ellos como “pautas imprescindibles de interpretación”.

Ahora bien, como se ha visto en el presente ensayo, en el plano fáctico, a pesar de la decisión de la SCJN, los juzgadores electorales están aplicando los criterios de la Corte IDH, aun en los casos en que el Estado mexicano no ha sido parte. Muestra de ellos, son las invocaciones en temas como derecho de réplica (Opinión consultiva de Costa Rica); Caso Yatama vs. Nicaragua respecto de derechos políticos de los pueblos indígenas, como sucedió en el asunto de Shuta Yoma en Oaxaca o en los casos de pueblos indígenas como Cherán o La última tentación de Cristo en el ámbito chileno para la libertad de expresión, citada por la Sala Superior en el caso *transformers*, así como también por la Sala Regional Xalapa.

¿QUÉ NORMAS INTERNACIONALES SON VINCULANTES?

Un segundo tema a analizar, desde la perspectiva formal, es determinar la obligatoriedad de ciertas disposiciones de naturaleza supranacional. El artículo 133 de la CPEUM establece que serán norma suprema de la Unión los tratados internacionales que estén de acuerdo con la misma, celebrados por el presidente de la República con ratificación del Senado.

Existen disposiciones como la Declaración Universal sobre Derechos Humanos,³⁶ la Declaración Americana sobre Derechos y

³⁶ Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Deberes del Hombre,³⁷ o la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³⁸ que, sin haber sido aprobadas por el Estado mexicano en los términos de los artículos 76, 89 y 133 de la Constitución (y que, formalmente, no serían norma suprema de la Unión), lo cierto es que la justicia electoral mexicana las invoca como norma jurídica vinculante.

Lo anterior es acorde, por supuesto, al derecho internacional de los derechos humanos y, en el caso del *corpus iuris* interamericano, que, en la Opinión Consultiva 10/89 de la Corte IDH de fecha 14 de julio de 1989, ya había expresado que la Declaración Americana debe analizarse, no en razón del momento en que fue redactada, sino en la evolución actual, como guía principalísima del derecho americano en evolución.³⁹

¿QUIÉNES DEBEN EJERCER CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

El control de convencionalidad en sede nacional es un control difuso. Todos los juzgadores mexicanos, sin importar materia, cuantía, grado o territorio, están obligados a ejercerlo. La pregunta es cómo hacerlo.

La SCJN determinó el sistema de control de convencionalidad para las autoridades mexicanas que debía ejercerse en el marco del control de constitucionalidad. En ese marco, señaló que el Poder Judicial de la Federación ejerce un control concentrado de constitucionalidad (abstracto por la Suprema Corte vía acción y concreto por la misma Corte y los tribunales de amparo); que la jurisdicción electoral tiene un sistema concentrado especializado; que los tribunales locales ejercen control difuso de constitucionalidad y que las autoridades electorales deben ejercer interpretación conforme frente a los casos concretos.

³⁷ Aprobada por la Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia en 1948.

³⁸ Aprobada en la 107 sesión plenaria de la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007.

³⁹ OC-10/89, parágrafo 37.

En el caso del control de convencionalidad, se sostuvo por una mayoría de siete votos, que sería ejercido por los tribunales federales y locales. Es decir, el control de convencionalidad, de acuerdo con lo que se sostuvo por la Corte IDH en el caso Radilla, debía ser ejercido por todas las autoridades judiciales. Hasta ahí, la resolución del asunto varios era congruente con el sistema interamericano.

Lo anterior implica que, en el marco de la resolución del caso Radilla y del cambio de paradigma mexicano, las autoridades administrativas podían realizar una interpretación conforme para proteger los derechos de las personas, sin llegar a ejercer propiamente un control de convencionalidad para desaplicar normas o actos por ser contrarios al *corpus iuris* interamericano.

Sin embargo, la SCJN no podía prever (no había forma) que sólo unos meses después la propia Corte IDH evolucionaría en su criterio y, como se ha dicho, modificara los sujetos destinatarios de la obligación de ejercer el *corpus iuris* interamericano. Como se ha mencionado, la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano consideró que el sujeto de activación del control era el Poder Judicial. Sin embargo, dicho criterio se amplió en el caso trabajadores cesados del congreso vs. Perú a “los órganos del Poder Judicial”, de ahí a “los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia en todos los niveles” del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, para, finalmente, quedar en la idea de “cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial” en el caso Gelman vs. Uruguay.

La discusión no es menor. Para el caso de las funciones materialmente jurisdiccionales, la situación debe ser clara: la autoridad administrativa ejercerá control de convencionalidad en los casos concretos. No obstante, la situación no es tan simple en la elaboración de acuerdos o funciones materialmente administrativas.

La Corte IDH ha ido más allá del criterio que sirvió de base para la decisión de la SCJN. ¿Qué criterio deberá adoptar la autoridad administrativa? Si aplica el criterio de la SCJN sólo podrá realizar una interpretación conforme. Pero si aplica el criterio de la Corte IDH deberá ejercer control de convencionalidad y desaplicar disposiciones por ser contrarias a la convención. Nuevamente cobra

vigencia la discusión respecto de si los criterios en los que el Estado mexicano no sea parte son obligatorios o no. La posición formal dirá que, al no ser obligatorios, las autoridades administrativas no podrán ejercer control de convencionalidad. Sin embargo, una perspectiva garantista podría argumentar que el criterio más benéfico (con base en los propios precedentes de la Suprema Corte) y, por tanto, aplicable, es el de la Corte IDH.

En ese supuesto, podría frente a un caso fáctico, por ejemplo, la prohibición de asignar regidurías de representación proporcional a los candidatos independientes, como ya sucedió en Zacatecas (en donde el Instituto local aplicó la legalidad y el Tribunal Electoral local ejerció control de convencionalidad que al final sería revocado por la Sala Superior), no aplicar la ley y, en un ejercicio de control de convencionalidad, desaplicar la disposición. Creo que estaría en lo correcto.

EL CARÁCTER *EX OFFICIO*

El carácter *ex officio* implica que los jueces nacionales, en su carácter de jueces interamericanos, deben, en razón de su oficio, realizar la función de contrastar las normas locales con el marco interamericano, para efecto de dejar de aplicar el primero cuando contravenga al segundo; esto, sin petición expresa de parte.

Se ha discutido en torno al alcance del carácter *ex officio*. No queda clara como será su aplicación. Para algunos, deben cumplirse las reglas procesales y, por tanto, dependerá del agravio o concepto de violación hecho valer. Esta visión, formal, busca suplir la queja deficiente pero sólo en cuanto a la invocación de la norma de corte internacional, atendiendo al principio de *iura novit curia*, para que, a pesar de la omisión de invocarla, el juzgador la tome en consideración como parámetro de resolución.

Sin embargo, una visión más garantista, —como la que desarrolló el Magistrado Carlos Arenas Bátiz en Nuevo León—, obliga a que, aun cuando no exista un agravio hecho valer, si el órgano jurisdiccional se percatara de que existe una violación al *corpus iuris* interamericano, deje de aplicar las disposiciones que lo vulneran.

Considero que esta última visión cumple de mejor forma el objetivo de la reforma constitucional.⁴⁰

BLOQUE DE REGULARIDAD. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME

El ministro José Ramón Cossío Díaz acuñó el término de bloque de regularidad. En las sesiones de 12 y 13 de marzo de 2012, cuando el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea puso a consideración del pleno del más alto tribunal una propuesta de tesis de jurisprudencia que hablaba de la adopción de un bloque de constitucionalidad, el ministro Cossío expresó que la terminología no era adecuada. Lo anterior, en virtud de que si las normas de los tratados internacionales se convertían en un bloque de constitucionalidad, entonces no tendría sentido un control de convencionalidad, porque todo el sistema se defendería a partir del control constitucional. De ahí que consideró al bloque de regularidad como un género próximo, con dos diferencias específicas: el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

El ministro Cossío tenía razón en el argumento. El bloque de constitucionalidad implica que cualquier tratado internacional podría ser protegido a partir de los medios de impugnación procesales propios del control constitucional. Por lo que carecería de sentido contar con un sistema de control de convencionalidad.

Ahora bien, existe un argumento que fortalece la postura del ministro Cossío, y es el hecho del régimen de suplencia que debe imperar en la materia de control de convencionalidad. Si el control de constitucionalidad resulta uno sólo, tiene que responder a las reglas procesales de cada herramienta procesal. Por ejemplo, para la materia electoral, el ejercicio del control de constitucionalidad y la inaplicación de una norma que sea contraria a la Constitución, requiere, como presupuesto procesal, que se solicite de manera

⁴⁰ El caso del Magistrado Arenas Bátiz es la toca penal 43/2011, en la que el agravio en la apelación consistía en la reclasificación del delito, pero el magistrado, supliendo la queja deficiente, consideró que la norma en la que se fundaba la sentencia, que permitía a los superiores jerárquicos de los funcionarios aplicar una sanción, era contraria a los principios del derecho penal y al derecho de los derechos humanos.

expresa la inaplicación. Si todo fuera control de constitucionalidad de acuerdo con las reglas procesales de estas herramientas, entonces no existiría control *ex officio*, que es una característica diferenciada del control de convencionalidad, pues si el juzgador aplicara en el medio de impugnación un ejercicio de control de convencionalidad *ex officio*, entonces no estaría aplicando la regla procesal que prohíbe la suplencia de la queja en el control de constitucionalidad; mientras que, si requiere del agravio expreso de constitucionalidad, entonces no existe control de convencionalidad de oficio.

Por ello, los simpatizantes de estas posturas señalan como conclusiones:

- 1) El control de constitucionalidad y de convencionalidad se ejercen de forma separada;
- 2) Cada uno se aplica, de conformidad con sus propios contornos normativos, esto es, el control de constitucionalidad analiza la simetría de la norma y acto reclamado conforme a la Constitución y sólo a la Constitución, con los límites que la propia Constitución señala. Por su parte, el control de convencionalidad debe analizar la validez de la norma legal o acto en relación con el tratado internacional;
- 3) Lo anterior implica que se aplicará, en caso de colisión entre ambos análisis en sus respectivos contornos, una disposición específica. Sin embargo, aquí existen dos posturas encontradas: quienes señalan que prevalecerá la constitucional, por su jerarquía normativa, y la que considera que debe prevalecer la de mayor protección a la personas.

Creo que el modelo de bloque de regularidad, sin embargo, presenta dos problemas técnicos relevantes. Quien asuma la idea del bloque de regularidad no puede asumir, por lógica, la metodología de inaplicación de una norma contraria a la Constitución y a la Convención en el paso específico de la interpretación conforme en sentido amplio. Lo anterior salta a la vista: el bloque de regularidad distingue los mecanismos de control, pero también separa

la aplicación del tratado y del texto constitucional. Es decir, quien asuma la posición del bloque de regularidad no podrá mezclar el análisis de tratados y el de constitución. Primero se realizará el análisis interno de la Constitución y su interpretación y luego de la convención y la suya, prefiriendo la más favorable. Pero ello implica separar al derecho que puede tener sede constitucional y a la vez convencional.

Por el contrario, quien asume la idea de la interpretación conforme en sentido amplio, partirá de la necesaria vinculación entre derechos de sede constitucional y derechos de sede convencional, buscando la mayor protección de la persona. Como se ve, se trata de posiciones incompatibles respecto a la forma de construcción de las premisas normativas.

SEGUNDO PROBLEMA DE LA IDEA DE BLOQUE DE REGULARIDAD

El segundo problema del bloque de regularidad radica en la imposibilidad material de separar el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. Ante todo, debemos preguntarnos qué garantías tiene el ciudadano para proteger sus derechos en el control de constitucionalidad y en el control de convencionalidad? La respuesta es que se trata de las mismas garantías, entendidas éstas desde la perspectiva moderna del concepto, esto es, como los instrumentos procesales de defensa de la Constitución.

En efecto, el juzgador electoral, por ejemplo, ejercerá el control de constitucionalidad y de convencionalidad, cuando sean sometidos a su potestad los medios de impugnación de los cuáles es competente para conocer. Lo mismo ocurre en las demás materias. No existe un mecanismo procesal para ejercer control de constitucionalidad y otro para el ejercicio del control de convencionalidad. El medio de impugnación es el mismo, y el agravio vendrá esgrimido por la violación a un derecho fundamental que puede tener sede constitucional o convencional, o incluso, en una sola de las sedes.

Por ello, la idea de las diferencias específicas se diluye en el análisis empírico. De existir tal división, no existiría un sistema de

control convencional difuso, y sólo podría ser protegido, una vez concluida la revisión interna, a través de las peticiones ante la CIDH.

EJEMPLO DE PROBLEMA DE LA FALTA DE CULTURA JURÍDICA EN DERECHOS HUMANOS

La reforma al artículo 1 constitucional obliga a las autoridades, jurisdiccionales o administrativas, a proteger y promover los derechos humanos. Asimismo, establece que los principios de universalidad, interdependencia, progresividad e indivisibilidad sean tomados en cuenta por parte de dichas autoridades. Sin embargo, la cultura jurídica formalista, en ocasiones, es un obstáculo respecto de su aplicación.

En efecto, una de las innovaciones que se incorporaron a la reforma al artículo 1 de la CPEUM es lo que se puede llamar pautas constitucionales elementales en materia de derechos humanos con base en los principios de interdependencia, universalidad, progresividad e indivisibilidad.

Un ejemplo para fundamentar el anterior aserto: el principio de interdependencia de los derechos fundamentales significa que los derechos se relacionan unos con otros, por lo que la afectación de uno puede generar una vulneración a otro.

En el caso de los asuntos de credencial para votar con fotografía de la Sala Regional Toluca en el proceso electoral federal 2012, se planteó la discusión anterior. En el caso, 600 ciudadanos promovieron sendas demandas de juicio ciudadano para reponer sus credenciales de elector por robo o extravío (cabe señalar que también hubo asuntos en los que el trámite era la actualización de datos o la inscripción al padrón electoral, aun cuando fueron los menos), ante la negativa de las vocalías del Registro Federal de Electores de entregar las credenciales.

Los asuntos fueron turnados a las ponencias de la Sala Regional menos de 10 horas antes de iniciar la jornada electoral, en gran medida, debido a que el IFE no remitió los expedientes con la debida oportunidad. Lo cierto es que, en la semana siguiente, el pleno de la Sala Regional, por mayoría, determinó desechar las demandas al

considerar que la violación era irreparable, en virtud de que había concluido la jornada electoral.

La mayoría sostuvo:⁴¹

Ello es así, porque el requisito de que la reparación solicitada sea material y jurídicamente posible dentro de los plazos electorales y las etapas que comprenden el proceso electoral de que se trate, es indispensable a efecto de que el dictado de la sentencia pueda tener como efecto el que la pretensión de los demandantes pueda realmente llevarse a cabo, en el caso, permitirles a los ciudadanos, ejercer su derecho al voto.

En la especie ocurre, que los actos controvertidos son las negativas de expedirles y entregarles sus respectivas credenciales para votar a los ciudadanos, sin la cual no podrán emitir su voto el día de la jornada electoral.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de la Ley General de Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral es un hecho notorio para este órgano jurisdiccional que el pasado uno de julio del presente año se llevó a cabo la jornada electoral en todo el país, para la elección de presidente de la República, senadores y diputados federales.

Por virtud de lo anterior, aun en el supuesto de que fueran fundadas las alegaciones de los demandantes, no sería jurídica ni materialmente posible restituirles en el goce del derecho político electoral que estiman violado; puesto que si su intención era poder contar con los elementos necesarios a efecto de poder emitir su sufragio el día de la jornada electoral, al haberse llevado a cabo ésta, es claro que ya no puede colmarse.

La posición de la mayoría parte de una presunción, al señalar que “si su intención era poder contar con los elementos necesarios a efecto de poder emitir su sufragio” sin tomar en consideración el carácter multifuncional de la credencial para votar con fotografía. El voto particular señala, entre otros argumentos, que la

⁴¹ ST-JDC-1575/2012 y ST-JDC-1835/2012, como ejemplos.

interpretación de la mayoría no toma en consideración que los ciudadanos acuden a solicitar su credencial para votar con fotografía para identificarse como ciudadanos, por lo que su negativa representa una forma indirecta de discriminación, al impedir de la misma manera el ejercicio de un derecho vinculado con los derechos político electorales, como es el derecho al reconocimiento de una personalidad jurídica, es decir, contar con una identidad, lo cual es un derecho fundamental que implícitamente recoge el de poseer el instrumento que acredite dicha identidad, en el caso mexicano la credencial para votar con fotografía. El voto continua sosteniendo lo anterior conforme a lo previsto en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que, si dicho derecho fundamental se encuentra en una vinculación indisoluble con el de votar con la credencial multicitada, instrumento que permite el ejercicio del derecho al voto y a la identidad, de manera simultánea el derecho a la personalidad, o contar con el instrumento que acredita la identidad, se convierte en un derecho fundamental vinculado con los derechos político-electorales y con mayor razón debe ser protegido vía juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.

Como ha expresado Eduardo Ferrer, cada uno de los principios debe ser considerado en la interpretación conforme que se efectúe para favorecer en todo momento la protección más amplia (Ferrer 2008, 127).

Como puede apreciarse, a pesar de la disposición constitucional de buscar el principio de interdependencia y la máxima protección de las personas, la cultura tradicional de los abogados mexicanos sigue siendo un obstáculo para alcanzar el contenido de la reforma constitucional. Como ha señalado José Luis Caballero, tal vez el resultado tenga que ver con la modificación de la cultura que haga posible una comunicación con el sistema interamericano, para lo cual, deberá tomarse en consideración: la relevancia constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, el canon hermenéutico emanado de tratados y jurisprudencia supranacional, así como la aplicación del principio de interpretación *pro homine* (Caballero 2012, 79).

¿CÓMO EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

Otra pregunta que surge en el plano judicial es cómo ejercer el control de convencionalidad. Una respuesta la da Karlos Castilla en su ensayo sobre el tema en comentario (Castilla 2012, 101-2):

- 1) Identificar el derecho o libertad que se pretende proteger o interpretar.
- 2) Identificar la jurisprudencia de la Corte IDH aplicable.
- 3) Comparar la semejanza fáctica de casos.
- 4) Comprobar que comparten las mismas propiedades relevantes esenciales.
- 5) Verificar que la conclusión a la que se llega es compatible con el objeto y fin de la Convención Americana.

Creo que la apreciación de Karlos Castilla es correcta. En ocasiones, por pretender generar una visión de progresismo en la función judicial, se invocan precedentes no exactamente semejantes, en perjuicio del sistema.

INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD SOBREVENIDA (OROZCO SOLANO, 2012)

México tiene una Constitución longeva. Menciono lo anterior en virtud de que, al tener una Constitución tan antigua, en la práctica mexicana no existe el riesgo de que haya normas legales que, en virtud de la expedición de una nueva Constitución (como sucedió en muchos países latinoamericanos con las transiciones democráticas) resulten contrarios a los principios del nuevo texto constitucional.

Aunado a lo anterior, nuestro país tiene una práctica basada en la aplicación sustentada en las normas legales más que en principios constitucionales o la invocación de tratados internacionales. No fue sino hasta 1994 que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se convirtió en un Tribunal constitucional. Y no es sino hasta

2011 que inicia la discusión del bloque de convencionalidad en México.

En ese orden de ideas, sin embargo, y en el marco de la idea central de este artículo del cambio de paradigma jurídico en el país, creo que es dable plantear la siguiente pregunta: ¿pueden existir leyes que establezcan disposiciones restrictivas de derechos fundamentales que no hayan sido combatidas en su momento vía acción de inconstitucionalidad o, incluso, hayan sido analizadas de conformidad con los parámetros constitucionales anteriores a la reforma, pero que una nueva revisión (con el paradigma actual) las pudiera, eventualmente, declarar inconstitucionales?

La respuesta es sí. Muchas disposiciones de las leyes secundarias están pensadas en el paradigma del Estado de Derecho legislativo, no en el constitucional. Pienso, como ejemplo, la redacción del artículo 145 del Código Electoral del estado de México que señala que en los casos en que un candidato esté registrado para dos cargos de elección popular (diputado federal y diputado local, por ejemplo) de manera automática se le cancelará el registro.

La norma antes citada no podía resistir un análisis de constitucionalidad serio a través del nuevo artículo primero constitucional. El principio de progresividad de los derechos, la garantía de audiencia como valor central seguido en los procedimientos llevados en forma de juicio e incluso el principio de interpretación *pro homine*, nos llevarían a plantear que dicha cancelación no podría ser automática o, por lo menos, no sin permitir el ejercicio de la garantía de audiencia.

Este problema, la inconstitucionalidad o inconvencionalidad sobrevenida después de la reforma constitucional, implica para los operadores jurídicos determinar la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de normas en los casos concretos. Implicará un ejercicio de valoración de posibles interpretaciones anteriores a la reforma, y de nuevas propuestas para hacer a todo el sistema legal acorde con el mandato constitucional.

EL PROBLEMA DE LA JURISPRUDENCIA CONGELADA

El último tema que me gustaría abordar es el que he denominado de la jurisprudencia congelada en alusión a aquel momento judicial del país en el que, después de la creación de los tribunales colegiados de circuito, éstos no podían modificar la jurisprudencia de la SCJN, pero tampoco la propia Corte tenía competencia para revisar su jurisprudencia, pues los asuntos que podían generar la interrupción de la misma eran competencia de los tribunales colegiados. La jurisprudencia, se decía, estaba congelada.

Hoy en día, me parece, podemos tener una situación similar. Las autoridades jurisdiccionales y administrativas en materia electoral, federales y locales, están obligadas a ejercer control de convencionalidad y de constitucionalidad. Sin embargo, también están compelidas a aplicar la jurisprudencia de la Sala Superior del TEPJF. De hecho, las Salas Regionales no cuentan con facultad real de aprobar jurisprudencia, pues requiere la declaración de la Sala Superior.

Creo que el tema no es menor. Es necesario que, a fin de evitar posibles desacatos a la jurisprudencia por los operadores jurídicos cuando encuentren que una jurisprudencia es contraria al mandato constitucional o a la interpretación supranacional, la Sala Superior revise la constitucionalidad y convencionalidad de las jurisprudencias y tesis en la materia electoral. Creo que el sistema mejoraría.

Ahora bien, la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 perfiló un juzgador conocedor y militante de los derechos fundamentales. Sin embargo, no basta con la reforma constitucional si no cambia la cultura jurídica de los operadores. Es necesario definir el perfil del juzgador que se requiere a partir de la reforma. Tal parece que, en este momento, nos encontramos en una encrucijada en la que los juzgadores y las juzgadoras mexicanas tienen que definir su postura frente al ordenamiento jurídico. Un sector ha considerado mantener el mismo método de análisis. Otro sector ha impulsado nuevas estrategias de resolución de conflictos a partir de la ponderación, la saturación de argumentos, entre otros.

Los ejemplos presentados a lo largo de este ensayo son solo eso. Constancia de que, frente a casos reales, la reforma constitucional puede ser interpretada en el sentido de maximizar los derechos o, por el contrario, resolver como antaño. Se trata de una decisión que ronda por la ética y las convicciones ideológicas de los juzgadores, de acuerdo con su propio horizonte hermenéutico. ¿Ello atenta contra la seguridad jurídica? La respuesta es no, pero es necesaria mucha prudencia de los órganos jurisdiccionales para encarar esta responsabilidad.