

CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL (CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD)

*Para el ministro en retiro Ulises Schmill Ordóñez,
jurista sabio y sensible.*

LUIS RAIGOSA SOTELO*

INTRODUCCIÓN

En primer lugar, queremos dejar constancia de nuestro agradecimiento por la generosa invitación que nos fue formulada por la Comisión Organizadora para los Festejos del Centenario de la Constitución para participar en estas efemérides a través de una obra colectiva con reflexiones sobre ciertos temas constitucionales de especial interés y la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A los señores ministros y demás integrantes de la Comisión les expresamos nuestra gratitud y celebramos la oportunidad de la iniciativa.**

Nos parece necesario apuntar desde el inicio que la extensión de los temas que el título del ensayo invoca puede ser enorme. Construir el análisis, en un ensayo de esta extensión, de los elementos que explican las relaciones entre los conceptos *control de constitucionalidad* y *control*

* Director de la Especialidad en Argumentación Jurídica del Instituto Tecnológico Autónomo de México.

** Quiero agradecer a Theo Baizábal Lagunes, alumno del Instituto Tecnológico Autónomo de México, por su apoyo en el proceso de búsqueda y revisión de algunos documentos utilizados en este capítulo.

de convencionalidad puede parecer una labor que supera ampliamente los bordes de esta investigación breve, cuando, además, esto no puede estar desligado de la atención que exige poner la mirada en los órganos responsables de acometer estas tareas, de cumplir dichas funciones. En consecuencia, habremos de orientar las reflexiones hacia los puntos adecuados para ofrecer una explicación acaso sólo inicial de los elementos mencionados.

Con esto en mente, vamos a proceder de la siguiente manera. En primer término, será necesario situar en contexto la posición actual que hoy ocupa la Suprema Corte en la historia del constitucionalismo mexicano, de acuerdo con una interpretación nuestra. En segundo lugar, revisaremos las características que definen el ser y el quehacer actuales de este órgano a partir de dos grandes reformas constitucionales que lo han perfilado jurídicamente, que ocurrieron en 1994 y en 2011, para ubicar las cuestiones de orden procesal, orgánico, material e instrumental que favorecen su comprensión. En tercer lugar, habrá que ubicar conceptualmente los términos control de constitucionalidad y control de convencionalidad, sus orígenes, evolución y significado actual, revisando la participación que ha asumido la Suprema Corte de Justicia para pulir dichos conceptos.

BREVE APUNTE SOBRE LA POSICIÓN ACTUAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. LA EDAD DEL CONSTITUCIONALISMO BALANCEADO¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ocupa al día de hoy una posición fundamental, de vital importancia dentro del contexto del constitucionalismo mexicano. No siempre ha tenido esta presencia superior. Nuestra máxima autoridad jurisdiccional ha cumplido diversas funciones y ha estado integrada de diferentes maneras a través de nuestra historia. Hoy en día es un tribunal constitucional, es el órgano jurisdiccional que opera como principal garante de los derechos fun-

¹ Este primer apartado se apoya en ideas contenidas en un ensayo nuestro sobre las edades del constitucionalismo mexicano, el cual ha sido sometido a un proceso arbitral en una revista jurídica mexicana y se encuentra pendiente de aprobación.

damentales de los habitantes de México; participa y define las controversias jurídicas entre los órganos públicos del sistema mexicano, por razones de conflictos competenciales, y tiene también la delicada misión de procurar conservar la calidad y consistencia del sistema jurídico. De esta manera, hoy cumple un conjunto de tareas que la sitúan en un contexto de diálogos con los profesionales del poder político que integran diversos órganos constitucionales, aspira a consolidarse como el “fiel de la balanza” del orden jurídico mexicano, emitiendo decisiones apegadas en razones de constitucionalidad.

Tradicionalmente —y creemos que así fue hasta 1994—, el principal intérprete de la realidad mexicana, el órgano del sistema que valoraba las situaciones más significativas y delicadas que ameritaban ser reguladas en el ordenamiento cúspide, esto es, en la Constitución, había sido el llamado órgano revisor o reformador de la Constitución. Con vaivenes que la historia política mexicana evidencia, desde 1824 este órgano legislativo supremo había realizado su tarea de intérprete social privilegiado. Sin embargo, creemos que a partir de la última década del siglo xx este sitio se encuentra compartido entre el mencionado órgano reformador de la Constitución y nuestra Suprema Corte de Justicia. Veamos brevemente cómo ha sido esta evolución para situar, en paralelo, el lugar que tanto la norma como la práctica constitucionales le han otorgado a nuestra Suprema Corte.

Tradicionalmente ha sido reconocido por la doctrina que la reforma de la Constitución cumple una doble función orientada a la realización de dos objetivos, los cuales deben ser alcanzados de manera equilibrada. Una de ellas es la *función de permanencia* de la Constitución, de manera que este ordenamiento aspire a constituirse como un genuino referente jurídico tanto para los gobernantes como para los gobernados, construyendo las reglas básicas que organizan la sociedad; pero al mismo tiempo, la reforma constitucional cumple la diversa *función de adecuación* normativa a las cambiantes realidades de la sociedad en la cual rige, esto es, que no se convierta en un lastre o un estorbo para el desarrollo de los grupos humanos por ella regulados. Así lo defendían los padres fundadores de la Constitución Americana, en palabras de Madison, al comentar el artículo V de la Constitución de Estados Unidos, que regula la función de reforma constitucional: “el sistema

(para realizar las reformas constitucionales) preferido por la convención [...] protege por igual contra esa facilidad extrema que haría a la Constitución demasiado variable, y contra esa exagerada dificultad que perpetuaría sus defectos manifiestos”.² En consecuencia, el órgano competente para incorporar reformas a la Constitución cumple la delicada tarea de valorar si es más apropiado conservar un texto constitucional o bien modificarlo de manera expresa. Con ello, la función de reforma a la constitución era vista, de hecho, como una función de protección constitucional.

La doble vertiente funcional del órgano responsable de la reforma a la Ley Fundamental ha sido tratada normativamente de diferente manera en nuestra historia constitucional. En efecto, desde el nacimiento del Estado mexicano y más concretamente a partir de la Constitución de 1824, nuestros primeros textos supremos privilegiaron la función de permanencia de la Constitución, a través de la incorporación de normas que, o bien hacían muy difícil la incorporación de nuevos contenidos al texto expreso, o bien de plano prohibían la reforma constitucional, mediante la técnica de legislación constitucional que incorporaba las denominadas cláusulas de intangibilidad o cláusulas pétreas. Dichas cláusulas proscribían cambios por razón de materia, como es el caso de la Constitución de 1824 que prohibía modificar el sistema de gobierno, la religión o la libertad de imprenta, entre otras interdicciones más, según lo establecía el artículo 171 de esa Carta Fundamental de 1824.

Junto a las prohibiciones por materia también había otra modalidad de cláusulas pétreas, orientadas a impedir cambios por razón de tiempo. Tenemos de nuevo el ejemplo en la misma Constitución de 1824 que imposibilitaba el conocimiento de iniciativas para modificar la Constitución —se entiende, en las partes en las cuales no existían cláusulas de intangibilidad por razón de materia— antes de 1830, tal y como lo fijaba el artículo 166 de la misma Carta Magna. Este tipo de impedimentos o cláusulas de intangibilidad no eran, por cierto, una novedad, pues, por ejemplo, se encontraban ya establecidas en la Constitución

² Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, pp. 187-188.

de Estados Unidos de América, en su artículo V.³ La Constitución de Cádiz de 1812, a su vez, contiene al menos una cláusula de intangibilidad al establecer la “perpetuidad” de la religión católica, apostólica, romana, en su artículo 12, por mencionar esta Constitución que fue vigente en el territorio todavía de la Nueva España y que también tuvo aplicación, con obvias restricciones, ya en nuestra época independiente, pero no en materia de reforma constitucional. A las cláusulas pétreas se agregaban, por otra parte, disposiciones de procedimiento que dificultaban enormemente el éxito de las propuestas para reformar los textos constitucionales; como ejemplo se encuentra la Constitución gaditana, que fijaba hasta tres sucesivas diputaciones, cada una de dos años de ejercicio, para conocer y aprobar una iniciativa de reforma a la Constitución (artículos 375 a 384), más la exigencia de votaciones rigurosas de al menos dos tercios de diputados, en cada votación de reformas.

En suma, esta orientación de las reglas que privilegiaban la vertiente de conservación, de *permanencia de la Constitución*, con el ánimo de cuidarla, de protegerla, se mantuvo entre nosotros hasta 1857, pues las cartas fundamentales de 1824, 1836, 1843 y el Acta de Reformas (a la Constitución federal de 1824) de 1847 tuvieron similares disposiciones sobre la reforma constitucional. Un efecto que parece estar asociado a la institución de reforma constitucional en estos primeros años es que los políticos de la época no acostumbraban aplicar el instrumento constitucional de reforma. Como la historia política mexicana evidencia, ante los graves desencuentros de los hombres de poder, los cuales solían estar asociados con temas constitucionales, la conducta acostumbrada era levantarse en armas, desconocer el respectivo gobierno y la correspondien-

³ El artículo V de la Constitución de Estados Unidos de América impidió modificar, antes de 1808, las reglas en materia de comercio de personas —esclavos—, tomando en cuenta que este comercio estaba permitido por la sección 9 del artículo I. Esta sección 9, como la sección 2 del mismo artículo I, que fija la elección de los legisladores sobre la base del “número total de personas libres en cada estado y las tres quintas partes de todos los demás”, así como la cláusula 3, de la sección 2, del artículo IV, la cual impone a los estados de la Unión la obligación de entregar a los esclavos que hayan logrado escapar de otros territorios y también les prohíbe la liberación de dichos esclavos, constituyen, según se ha interpretado, las disposiciones constitucionales americanas que originalmente legitimaban, aunque dudosamente, la esclavitud dentro de Estados Unidos. Véase Geoffrey R. Stone *et al.*, *Constitutional Law*, 3a. ed., New York, Little Brown and Company, 1999, p. 496.

te Constitución vigente, y si el levantamiento armado triunfaba, seguía la formación de un nuevo gobierno que impulsaba otro orden constitucional, que se apoyaba naturalmente en otra Constitución, que sustituía a la anterior. Y esto podía repetirse cada vez que había serios desencuentros. En consecuencia, el órgano reformador no operaba. Quizá era demasiada alta la apuesta por la función de permanencia constitucional. Esta es una etapa constitucional mexicana que llamamos *edad del constitucionalismo ineficaz*.

El espectro cambió, pero sólo formalmente, en 1857. La emisión de la nueva Carta Magna en ese año significó también el cambio de perspectiva de las funciones de reforma constitucional. A partir del nuevo artículo 127 se simplificaba enormemente el procedimiento de reforma a la Constitución. La disposición nos es muy familiar, puesto que se trata de la misma norma que contiene el vigente artículo 135 de nuestra actual Constitución de 1917, salvo un par de agregados puntuales que no afectan la esencia del procedimiento de reforma, que ahora referiremos. Aquel artículo 127 no contenía cláusula alguna de intangibilidad expresa ni por razones de materia ni por cuestiones de tiempo, como había ocurrido con las anteriores constituciones. Sólo señalaba que en las reformas participarían el Congreso de la Unión —que, por cierto, en ese año y hasta 1874 sólo lo integraban diputados— con una votación privilegiada, y la de los Congresos de los estados, al menos la mayoría de ellos. El constituyente de 1917 aprobó texto un idéntico en el artículo 135, el cual a la fecha ha sido modificado en dos ocasiones para agregar que el cómputo de los votos de las legislaturas lo puede realizar también la Comisión Permanente⁴ y para otorgarle a la legislatura de la Ciudad de México el poder de participar en la votación de la reforma, tal y como lo tienen los estados.⁵

La nueva norma incorporada por el Constituyente de 1857 a la institución de la reforma constitucional significó también abrir el espacio para un cambio de orientación desde la función de permanencia que había privilegiado el sistema mexicano, hasta la función de adaptación que empezaría a operar después de la mencionada novación constitu-

⁴ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 21 de octubre de 1966.

⁵ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 29 de enero de 2016.

cional. Con esto también afirmamos que el instrumento constitucional responsable de reformar la Ley Fundamental comenzó a ser eficaz, aunque ciertamente lo fue no antes de 1867, puesto que aparecieron nuevamente los fantasmas del constitucionalismo ineficaz que nos habían dominado. Esos fantasmas fueron las amargas y fratricidas experiencias de dos guerras civiles, la llamada Guerra de Reforma, la primera, y la otra, la guerra contra la Intervención Francesa. Sólo después del triunfo definitivo de la causa liberal sobre los conservadores, en 1867, habremos de tener, en la institución de reforma a la Constitución, un instrumento útil para adecuar la realidad y la norma constitucional. En consecuencia, desde 1867 —no desde 1857, insistimos— y hasta 1917 vivimos una nueva era constitucional que, por sus características, puede llamarse *edad del constitucionalismo admitido*.

La dolorosa experiencia de la Revolución Mexicana suspendió el orden jurídico, más específicamente el orden constitucional. Pero su restablecimiento en 1917 pronto permitió la aplicación puntual del proceso de reforma constitucional, instrumento que pocos años más tarde sería aplicado con enorme frecuencia y creciente intensidad. Sin embargo, el sistema político apoyado no sólo en la propia Constitución, sino en muchas otras reglas secundarias —no sólo de índole electoral, sino también de materias diversas como la laboral, la agraria, la comercial, etcétera— que darían soporte jurídico a un aparato de poder dudosamente legitimado por la vía democrática y quizá mejor calificado como corporativista, como lo sostiene José Ramón Cossío, tuvo en el instrumento de reforma constitucional un poderoso medio de conservación de la estructura de poder que había triunfado en la gesta revolucionaria iniciada en 1910.⁶ La vigorosa estructura jurídica creada por el sistema y el uso intenso del instrumento de reforma constitucional en este periodo abrieron la puerta para encontrar una nueva etapa constitucional, ahora llamada *edad del constitucionalismo sometido*, pues se significó por un único actor constitucional que interpretaba la realidad y determinaba los correctos contenidos que la Carta

⁶ Sobre este proceso legitimador del poder político con apoyo en el derecho, véase José Ramón Cossío Díaz, *Cambio social y cambio jurídico*, México, Miguel Ángel Porrúa-ITAM, 2001, pp. 25-76.

Fundamental debía incorporar, a través de expresas reformas a su texto. Fue la era de los privilegios del órgano reformador de la Constitución. Dicho de otra manera, es la etapa de sometimiento del derecho a la visión política de la Constitución de 1917.

Este panorama se verá modificado a raíz, principalmente, de dos reformas a constitucionales, una en 1994 y otra en 2011, así como a un suceso intermedio que concluyó en 1999, a los que nos referiremos en el siguiente apartado. Lo que ahora importa señalar es que estas reformas abrieron los espacios para lograr que el casi monólogo constitucional que había existido en nuestra historia jurídica se viera sustituido por un proceso diverso, inédito en nuestra patria, en donde contamos ahora con dos actores intérpretes de normas y realidades, en sede constitucional, pues al primero, al tradicional órgano reformador de la Constitución, se ha sumado ahora el diverso actor que encarna en un Tribunal Constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ha adquirido formalmente, pero también funcionalmente, la alta responsabilidad de determinar contenidos a las disposiciones constitucionales, si bien a través del ejercicio de sus atribuciones y aplicando los instrumentos de interpretación y argumentación constitucionales. Este viraje sustancial ha derivado, en nuestra opinión, en un contexto de diálogos constitucionales entre estos dos órganos. El nuevo panorama constitucional así conseguido ha arribado a una nueva edad o etapa a la cual denominamos la *edad del constitucionalismo balanceado* entre los mencionados actores constitucionales.

EL PROCESO DE MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1994 Y 2011 Y EL DENOMINADO “AMPARO MANUEL CAMACHO”

En este apartado vamos a sostener la tesis de que el proceso de modernización del sistema de justicia constitucional mexicano, en su vertiente de control de constitucionalidad y de control de convencionalidad se soporta en cuatro elementos: uno orgánico, otro procesal, un tercero material y el último es instrumental. Los dos primeros se apoyan prin-

cialmente en una reforma constitucional de 1994, mientras que los dos finales tienen raíces más claras en otra reforma constitucional, del 10 de junio de 2011.⁷ Adicionalmente, nos referiremos a dos sentencias de enorme significado en el desarrollo histórico reciente de nuestra Suprema Corte como órgano responsable del control de constitucionalidad en nuestro sistema.

Las reformas que dieron un nuevo rostro a la justicia constitucional mexicana son, naturalmente, producto o resultado del proceso creador del Constituyente reformador mexicano. Sin embargo, también se sostiene que ellas forman parte de un generoso y profundo movimiento de amplias ambiciones, porque abre la mirada al subcontinente de habla hispana en América en favor de modernización de la justicia en general y de la justicia constitucional y convencional en particular. En efecto, este proceso no parece venir disociado de las cuestiones de justicia en general. Más bien, el tema se vincula a una problemática generalizada que el Banco Mundial y otras instituciones financieras internacionales han padecido y que la literatura sobre la modernización de la justicia en América Latina cita, problemática asociada a la carencia de procesos judiciales satisfactorios en los negocios en los que han intervenido las instituciones financieras internacionales en el contexto del mercado latinoamericano. El desarrollo económico, según esta narrativa, requiere del reforzamiento de diversas áreas asociadas a reformas judiciales: independencia de la rama judicial de manera que los tribunales tengan poder para declarar inconstitucionales acciones del Ejecutivo y del Legislativo; acceso efectivo a la justicia, sin importar los recursos económicos de las partes procesales; administración eficiente de los tribunales, mejorando los procesos de impartición de justicia; mejoramiento en la educación legal de los jueces y conocimiento del ciudadano en general de sus derechos y mecanismos de protección, y profesionalización de las asociaciones y barras de abogados.⁸

⁷ Sin olvidar otra reforma muy importante, publicada el 6 de junio de 2011, cuatro días antes que la que ahora comentaremos. La del día 6 impactó de manera muy interesante, específicamente a la materia de amparo. A ella no nos referiremos mayormente en este capítulo.

⁸ Véase Bruce M. Wilson *et al.*, “The Best Laid Schemes... Gang Aft A-Gley: Judicial Reform in Latin America: Evidence from Cost Rica”, *Journal of Latin American Studies*,

Con todo y que pueda reconocerse la corrección de esta lectura explicativa de las reformas al sistema de justicia de los países integrantes del subcontinente latinoamericano, también es verdad que las cuestiones de constitucionalidad y convencionalidad en México —y quizá pueda afirmarse lo mismo en las experiencias de otros países del área— obedecen a proyectos que atienden problemáticas propias del país. Así, se afirma que el modelo de control constitucional asumido por el constituyente mexicano en 1994, apoyado en las experiencias europeas, es un *modelo político*, en donde los actores políticos son conducidos a una arena constitucional para dirimir sus controversias. En cambio, otra experiencia análoga a la mexicana, como es la de Colombia —experiencias análogas porque tienen historias y culturas semejantes y ambos países están en busca de fortalecer sus democracias—, se orientó a renovar su sistema de justicia constitucional con una nueva Suprema Corte Constitucional, diseñada para fortalecer la protección de los derechos fundamentales, en su reforma de 1991. Quizá pueda argüirse hoy en día, aunque en este espacio no es posible desarrollar el argumento, que la reforma mexicana de 2011 recondujo el proceso constitucional hacia una profundización de los derechos fundamentales, en sentido análogo a como lo había realizado Colombia dos décadas previas.⁹ Veamos el caso mexicano.

Como anunciamos en el apartado anterior, el sistema de la constitución mexicana fue reformado profundamente a partir de 1994. El cambio es el resultado de las modificaciones incorporadas al sistema de justicia constitucional con los mencionados decretos. La primera reforma fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1994; la segunda vio la luz en el mismo órgano de difusión normativa el 10 de junio de 2011. La primera de ellas, de gran calado y significación, impactó hondamente la parte orgánica —el ser— y

vol. 36, núm. 3, agosto de 2004, pp. 507-531. Los autores citan en esta visión amplia de la problemática a María Dakolias, quien, desde su posición de experta del Banco Mundial en temas de política judicial, ha analizado con profundidad estas cuestiones.

⁹ Sobre esta posición contrastante entre las experiencias colombiana y mexicana, véase Miguel Schor, “An Essay on the Emergence of Constitutional Courts. The Cases of Mexico and Colombia”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, núm. 1, 2009, pp. 173-194.

la parte funcional —el quehacer— de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La segunda reforma, de 2011 dotó a los impartidores de justicia constitucional, en primer y principal lugar —pero sin limitarse a los órganos responsables de impartir justicia— de instrumentos de interpretación y de aplicación para ejercer sus altas responsabilidades, mediante nuevas directrices interpretativas; además, marcó el significado del centro de las preocupaciones de la Constitución: los derechos humanos. Se puede afirmar que, a partir de estas reformas, el sistema de justicia constitucional en México ha incorporado los estándares de justicia constitucional que se aplican en países más atentos a la protección de los derechos humanos. Veamos sus principales contenidos.

La primera reforma constitucional de 1994 cubrió básicamente dos grandes ámbitos: uno en materia de justicia constitucional y otro en el campo de la procuración de justicia y de la seguridad pública. En este capítulo no se hará mención a los contenidos del decreto reformativo de 1994 referidos a la procuración de justicia y la seguridad pública, porque excede de los objetivos propios del trabajo.

Los aspectos orgánico y procesal en la modernización de la justicia constitucional. La reforma de 1994

La reforma del 1994 persiguió varios objetivos de enorme significado en el proceso de conformación de una moderna justicia constitucional en México. De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Iniciativa que el presidente Ernesto Zedillo envió al Senado de la República el 5 de diciembre de 1994 —escasos cinco días después de tomar protesta como presidente de la República, lo que nos permite constatar la importancia otorgada al tema por este presidente durante su administración—, los objetivos que la reforma perseguía fueron varios, todos de importancia mayor en la sociedad mexicana: imprimir certeza en el ejercicio de los derechos y las capacidades para asegurar el respeto a las libertades de los mexicanos; asimismo, fortalecer el Estado de derecho con el fin de otorgar certidumbre a todos los habitantes de México, para lo cual se requerían “mejores instrumentos para asegurar la plena vigencia de nuestra Constitución, mayor capacidad para aplicar la ley, sancionar a quienes la violan y dirimir las controversias”, toda

vez que la Constitución y la normatividad son el sustento básico para la convivencia segura, ordenada y tranquila. En consecuencia, la iniciativa propuso el fortalecimiento del Poder Judicial y modificaciones a la organización interna, y a su funcionamiento.

A través de la reforma, el legislador constitucional se sumó a los debates contemporáneos sobre administración de justicia, los cuales se orientaban a tres aspectos principales, en temas orgánicos:¹⁰ la tendencia a crear institutos de especialización judicial; la tendencia latinoamericana a integrar consejos de la magistratura, y el tratamiento de aspectos relativos al nombramiento de jueces.

Los nuevos contenidos orgánicos del Poder Judicial de la Federación a partir del referido decreto se centraron, fundamentalmente, en la reducción del número de integrantes de la Suprema Corte de Justicia (SCJN), al pasar de 21 ministros numerarios y 5 supernumerarios, integrados en cuatro Salas especializadas en diferentes materias jurídicas, y una auxiliar no especializada, todas ellas integradas por 5 ministros cada una, más el presidente de la SCJN, que no integraba Sala, a sólo 11 ministros. Los 11 ministros se agrupan ahora en dos Salas, especializadas por materia, y el propio presidente de la SCJN, que no integra Sala.¹¹ Esta novación orgánica supuso un violento impacto en la Suprema Corte —así como críticas internas y externas— pues la totalidad de los 26 integrantes debieron renunciar a sus cargos, como lo dispuso el propio decreto reformativo. En cuanto a las reglas aplicables a los ministros en lo individual, el decreto también modificó el tiempo en que ellos sirven al Poder Judicial de la Federación, pues se

¹⁰ Héctor Fix-Zamudio y José Ramón Cossío Díaz, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 548 y ss.

¹¹ Con esto, el Constituyente reformador revirtió la tendencia de crecimiento que históricamente había tenido la Suprema Corte de Justicia. En 1917 la Corte contaba con 11 ministros y en sucesivas ocasiones y por razones principalmente atribuibles al rezago judicial que consistentemente se acumulaba, la Corte había aumentado el número de sus integrantes a 16 en 1928, a 21 en 1934 y finalmente a 26 miembros en 1950. En 1988 “las funciones de control de legalidad pasaron en su integridad a los Tribunales Colegiados de Circuito, quedando la Suprema Corte de Justicia como un órgano competente, exclusivamente, en materia de constitucionalidad”, por tanto, el Constituyente estimó oportuno reducir el número de ministros, habida cuenta de que, como consecuencia de la última reforma mencionada, el rezago judicial era ya casi inexistente en 1994. *Ibidem*, p. 550.

sustituyó el nombramiento *ad vitam* por un periodo fijo de 15 años, que sería aplicado de manera escalonada a partir de los nombramientos de los ministros que sustituirían a los 11 que fueron originalmente nombrados en 1995, los cuales, por cierto, no fueron en caso alguno nombrados por 15 años.¹²

En el mismo tema orgánico del Poder Judicial de la Federación, se creó un órgano nuevo en el constitucionalismo mexicano, que fue denominado Consejo de la Judicatura Federal. Inspirado en los modelos español (Consejo General del Poder Judicial, artículo 122 de la Constitución Española), italiano y francés,¹³ el Consejo tiene la función de ser el órgano responsable de la administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (artículo 100 de la propia Constitución y artículo 68 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación). El efecto perseguido por el órgano responsable de la reforma constitucional al crear el Consejo de la Judicatura Federal es principalmente el de liberar al Pleno de la Suprema Corte de las cargas de la administración del Poder Judicial de la Federación, así como fortalecer la administración de este

¹² El artículo 95 constitucional de 1994 estableció requisitos para el nombramiento, consistentes en cualidades personales que se han entendido necesarias para las personas que son nombradas en esta delicada función de ministro de la Suprema Corte: a) Madurez personal (edad no menor a 35 años, pero se suprimió una edad máxima para ser nombrado, que originalmente se había fijado en 65 años). b) Madurez profesional (profesionalidad jurídica no menor a 10 años, la regla anterior era de 5 años). c) Experiencia judicial o jurídica (establece la preferencia en personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia, o bien que hayan servido con honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica). d) Conocimiento de la problemática del país (residencia de 2 años anteriores a la elección, donde antes eran 5 años). e) Independencia de cuestiones políticas (en particular no haber ocupado puestos políticos de primer nivel el año anterior al del nombramiento, como secretario de Estado o jefe de departamento administrativo, titular en las procuradurías General de la República y General de Justicia del Distrito Federal, aunque hoy no es impedimento haber sido procurador de la Ciudad de México, y la referencia actual es al cargo de fiscal general de la nación, y también se suprimió la referencia a los departamentos administrativos, senador o diputado federal o titular del Ejecutivo de alguna entidad federativa). El artículo 95 conservó los originales requisitos de ciudadanía por nacimiento, buena reputación y no haber sido condenado penalmente.

¹³ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio y José Ramón Cossío Díaz, *op. cit.*, pp. 548 y ss.

Poder a través de dicho Consejo. En consecuencia, la Suprema Corte conservaba su tiempo y energía para realizar su función constitucional básica, esto es, impartir justicia constitucional.

Por lo que hace a las funciones en el tema de la justicia constitucional, el decreto de 1994 construye un modelo de control de constitucionalidad a través de tres vías procesales principales. Por una parte, crea una nueva vía de ejercicio del control de la regularidad constitucional denominado acción de inconstitucionalidad, consistente básicamente en el control normativo de disposiciones jurídicas que por su sola expedición puedan ser inconstitucionales, sin mediar acto de aplicación alguno, esto es, sin existir agravios; por tanto, se trata de un control normativo abstracto de constitucionalidad. En segundo término, reconstruye la vía denominada controversia constitucional, regulada desde 1917 en el artículo 105 constitucional, pero que estaba referida originalmente a un conjunto incompleto de posibles supuestos de conflicto normativo. La reforma construye un modelo de solución jurisdiccional de conflictos entre los órganos de gobierno y entre órdenes normativos, de manera que la SCJN se constituye en un órgano que vigile que la federación, los estados, los municipios y los órganos del Distrito Federal —hoy Ciudad de México— actúen de conformidad con las disposiciones constitucionales. En tercer lugar, la reforma modifica algunas cuestiones de la regulación constitucional en amparo, entre ellas, resalta la que regula los supuestos por incumplimiento de las sentencias.

Con una nueva estructura y sus funciones o mejor, vías procesales renovadas y fortalecidas, la SCJN avanzó hacia su consolidación en un Tribunal Constitucional. Pero parece posible considerar que esta posición no la ha ocupado todavía de manera plena. Nos explicamos. Antes de la segunda gran reforma constitucional que hemos referido, la de 2011, la Suprema Corte se embarcaría en una discusión jurídica muy interesante alrededor de un tema que toca la vertiente de análisis que se comentó en la primera parte de este ensayo, es decir, las relaciones de este órgano jurisdiccional con el órgano que reforma la Constitución. Habíamos defendido la tesis del constitucionalismo balanceado que implica un contexto de diálogos constitucionales entre estos mencionados órganos. El sistema es el resultado, en primer lu-

gar, de la reforma de 1994, y a raíz de ella, en 1999, la SCJN tuvo oportunidad de pronunciarse sobre un tema que parecía tabú en nuestro medio: ¿Puede ejercerse control por vía jurisdiccional de los decretos de reforma a la Constitución? La respuesta aceptada tradicionalmente era en sentido negativo. Pero en el amparo en revisión 2296/96, así como en el diverso amparo en revisión 1334/98, que versó sobre la misma problemática —tema conocido coloquialmente como el “amparo Manuel Camacho”, invocando el nombre del quejoso a quien, por cierto, la Corte le negó su otorgamiento, en el amparo resuelto en 1999—, que conoció la Suprema Corte, nuestro órgano jurisdiccional supremo tomó la señera decisión de admitir la procedencia de la vía para conocer de la constitucionalidad de un decreto de reforma constitucional.¹⁴

El juicio marcaba un cambio profundo en el entendimiento del alcance del control de constitucionalidad en nuestro país, porque con el nuevo entendimiento la Corte asumía la posición de vigilante constitucional de este órgano legislativo tan activo y tan poderoso en nuestra historia. Pero esta nueva interpretación no avanzó con facilidad, tersamente hacia la consolidación de la justicia constitucional plena. En efecto, 10 años más tarde, en el diverso amparo en revisión 2121/2009, el Pleno de la Suprema Corte volvió a asumir la posición de considerar que no es por medio de este juicio, al menos según lo regula el orden jurídico mexicano, la vía adecuada para examinar los actos de reforma a la Constitución.¹⁵

En paralelo a estas acciones en la arena jurisdiccional, en el terreno del legislador también había actitudes dubitativas sobre el otorgamiento de esta facultad de manera expresa al Tribunal Constitucional. Por

¹⁴ En el amparo en revisión 2996/96 se encuentra el viraje de la posición conservadora de la Corte hacia la progresista, que admite la procedencia de la vía para el efecto de que el juez de distrito natural en amparo indirecto resolviera sobre el asunto que Manuel Camacho había interpuesto.

¹⁵ La actitud dubitativa de la Suprema Corte de Justicia ante la cuestión de si ella puede asumir competencia en materia de amparo en contra de reformas constitucionales quedó demostrada en la votación del Pleno el 31 de enero de 2011, al empatar los votos por el sí y por el no ante esta cuestión. Pero el ministro Pardo Rebolledo, al incorporarse a la Corte después de la mencionada votación empatada, decantó el sentido del voto al inclinarse por la opción negativa de competencia. Una versión de prensa del debate de 28 de marzo de 2011 que versó sobre esta histórica decisión se encuentra en: <http://www.scjn.gob.mx/saladeprensa/noticias/Documents/electoral.pdf>

una parte, ciertamente el legislador constitucional había modificado la fracción I del artículo 103¹⁶ para señalar que el amparo procede “contra normas generales” y no “contra leyes”, como antes lo establecía; de esta manera, podía entenderse sin mayores dificultades que también podría proceder contra decretos de reforma constitucional, habida cuenta que las disposiciones constitucionales son, naturalmente, una especie del género “normas generales”. Sin embargo, el legislador federal ordinario se pronunció sobre el particular al incorporar en la nueva Ley de Amparo la expresa prohibición de procedencia de la acción de amparo cuando se trate de decretos de reforma constitucional, que es como se encuentra redactada la disposición en la actualidad.¹⁷

A pesar del expreso impedimento para conocer por esta vía los decretos de reforma constitucional, no es seguro que esta posición limitadora de la vigilancia constitucional por el Tribunal Constitucional sobre el legislador que reforma la Ley Fundamental sea la última palabra sobre el tema. Para ello, me atengo nuevamente a nuestra experiencia, pues vale recordar el denominado “amparo Vega”, que fue resuelto en 1861 y mediante el cual la Suprema Corte logró revertir una expresa prohibición legal para conocer por esta vía de actos de autoridad jurisdiccional, que se encontraba en la entonces vigente Ley de Amparo. Para alcanzar este objetivo, la Corte declaró inconstitucional la disposición que prohibía la procedencia del amparo por esta clase de actos de autoridad. Sin embargo, es verdad que los intereses en juego y los órganos emisores de los actos jurídicos en uno y en otro caso son muy diversos, pero también es verdad que la política judicial es hoy

¹⁶ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011.

¹⁷ Los senadores autores de ella, Murillo Karam y Zapata Perogordo, señalaban expresamente en el artículo 107 de su iniciativa la procedencia del amparo indirecto contra normas generales, y luego incluían en la definición de “normas generales”, entre otras, a “las derivadas de un procedimiento de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sólo en cuanto se reclamen vicios en dicho procedimiento”. Véase <http://www.sitios.scjn.gob.mx/leyamparo/sites/default/files/1.%20Iniciativa%2015%20feb%202011.pdf>. A pesar de la clara intención de los legisladores iniciadores de facultar a la Suprema Corte para conocer de los decretos de reforma constitucional por la vía del amparo indirecto, el texto vigente del artículo 61, en su fracción I, de la Ley de Amparo establece claramente la improcedencia del amparo en los casos de “adiciones o reformas a la Constitución”.

muy diversa a la de mediados del siglo XIX, más acentuada en favor de los jueces que en etapas decimonónicas.¹⁸

La vertiente material y la instrumental de la justicia constitucional. La reforma a la Constitución de 2011

Un trascendente cambio en la justicia constitucional y, ahora también y de manera preponderante, el de carácter convencional vino a establecer la reforma constitucional del 10 de junio de 2011. El núcleo temático de la reforma fue los derechos humanos. El contenido se expresó en la modificación de 11 artículos de la Carta Magna y en el cambio de denominación del capítulo primero del título primero de la Constitución. En términos generales, la reforma incorporó en la Norma Fundamental una concepción diversa, moderna de los derechos humanos, propia de un Estado constitucional de derecho, mediante varias enmiendas a dispositivos de este magno ordenamiento. El corazón de este esfuerzo es la fijación contundente de que los derechos humanos son el centro de preocupación de la Constitución; asimismo, quedó meridianamente claro que los derechos humanos protegidos por la Constitución no sólo están contenidos en los extremos que enmarcan la Carta Magna, lo están también en los tratados internacionales que haya signado México. Las garantías constitucionales quedaron circunscritas a la categoría de derechos para acceder a la protección de los derechos humanos, lo que podría derivar en un entendimiento de las garantías como recipientes de derechos procesales constitucionales. También estamos ante un cambio de modelo, de paradigma del constitucionalismo que ahora incorporaba el convencionalismo, aunque quizá fuera mejor decir que no era propiamente una incorporación, sino un reconocimiento jurídico pleno de la convencionalidad, de la juridi-

¹⁸ Véase, en general, el interesante y exhaustivo trabajo del querido profesor Jorge Carpizo con el título “El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional”, publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 125, 2009. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/125/art/art6.htm>. También es muy útil el artículo María Amparo de Casar e Ignacio Marván, “Pluralismo y reformas constitucionales en México: 1997-2012”, en María Amparo Casar e Ignacio Marván (coords.), *Reformar sin mayorías. La dinámica del cambio constitucional en México 1997-2012*, México, Taurus, 2014, pp. 13-85.

cidad de los derechos humanos en México, puesto que el artículo 133 constitucional señaló desde 1917 que los tratados internacionales “son ley suprema de toda la Unión”, pero esta frase no resultaba definitiva de la plena juridicidad de los tratados internacionales.¹⁹

La importancia de la reforma también la evidencia el número de iniciativas dictaminadas en ambas cámaras: 33 en la de Diputados y 14 más del Senado de la República. El procedimiento parlamentario fue largo —el primer dictamen se emitió en diciembre de 2009 y la declaratoria de reforma constitucional se emitió el 1 de junio de 2011— y desarrollando un diálogo entre ambas Cámaras y las correspondientes comisiones. No se logró un acuerdo final sobre la totalidad de lo aprobado en la primera minuta por la Cámara de Diputados que fue la de origen. Sin embargo, con apoyo en las disposiciones de la fracción E, del artículo 72 constitucional, ambas cámaras acordaron publicar el texto que sí logró la aprobación por ambas Cámaras, para continuar el procedimiento que fue el texto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.²⁰

Los mencionados cambios referentes a la materia propia de los derechos humanos han colocado una impronta, un sello nuevo a la Constitución, marcándola con el tema de los derechos humanos. A este renovado “corazón jurídico”, si la expresión vale, de la Constitución, se incorpora además —y de manera muy vigorosa— un poderoso instrumento para proteger estos derechos, mediante las directrices interpretativas impuestas a la totalidad de los órganos o las autoridades que se vean en la tesitura de interpretar dichos derechos, de hacerlo de conformidad con ciertos criterios, especialmente los señalados en los nuevos párrafos segundo y tercero del artículo 1 constitucional. Transcribimos estos párrafos para su mejor comprensión:

Art. 1º. [...]

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.

¹⁹ La disposición, de hecho, se encuentra ya desde el artículo 126 de la Constitución de 1857.

²⁰ Véase el texto parlamentario final en <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion> [Fecha de consulta: el 8 de junio de 2016.]

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

La directriz o pauta interpretativa contenida en el segundo párrafo ha sido ampliamente entendida como el fundamento para la denominada “interpretación conforme”, término que ha calado hondo en los órganos jurisdiccionales mexicanos y sobre el cual nuestros tribunales se han pronunciado puntualmente. Su incorporación a la Constitución no ha sido superflua.²¹ Pero también habría de revisarse si esta cláusula, aún y cuando pudiera ser entendida como un metacriterio que traspasa horizontalmente todos los métodos de interpretación jurídica, tiene también la condición de hacer entender que las disposiciones constitucionales deben ser interpretadas de conformidad con los contenidos normativos de los tratados internacionales de los derechos humanos.²² Este trabajo no permite avanzar el estudio a profundidad de esta cuestión, pero puede afirmarse, a reserva de analizarlo con mayor detenimiento, que si se admitiera esta posición podría derivar en una superioridad de la vía del control de convencionalidad sobre el control de constitucionalidad, y acaso una inmersión de éste en aquél, lo que parece, en principio, no admisible. El asunto fue tema central de la contradicción de tesis 293/2011, mediante la cual la Suprema Corte fijó una interpretación en el sentido de que las disposiciones sobre de-

²¹ Una opinión contraria fue defendida originalmente en Víctor M. Martínez Bullé-Goyri, “Reformas constitucionales en materia de derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIV, núm. 130, enero-abril de 2011, pp. 405-425.

²² Posición asumida en el muy sugerente artículo de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, “La interpretación de los derechos humanos de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales. El nuevo artículo 1º de la Constitución mexicana”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 32, 2011, pp. 187-206. El tema de la posible contradicción entre contenidos normativos, esto es, entre resultados de interpretaciones de disposiciones constitucionales frente a disposiciones convencionales ha sido también motivo de debate en sede de jurisdicción constitucional, particularmente por la Suprema Corte de Justicia. Sobre esto se hará referencia más adelante.

rechos humanos de la Constitución y los tratados internacionales son un mismo conjunto normativo, aunque en seguida sostuvo que si en la Constitución hubiera una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, ésta prevalecería sobre aquéllos. Abordaremos el tema más adelante.

La lectura de las disposiciones del párrafo segundo que estamos comentando sí determinan una directriz interpretativa vigorosa a favor de la interpretación conforme de los derechos humanos, pero tanto de la Constitución como de los tratados internacionales. También incorpora lo que la doctrina denomina el principio interpretativo pro persona, cuando fija que la interpretación buscará favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Hasta allí podemos decir en este momento.

En cambio, el párrafo tercero del artículo 1 contiene varias partes o elementos normativos, de hecho, encontramos dos conjuntos de elementos con contenidos diversos. El primer conjunto se refiere a ciertas obligaciones en materia de derechos humanos, contenidas en los siguientes elementos normativos:²³

- 1) El sujeto o sujetos de la disposición: todas las autoridades mexicanas, sin excepción alguna ni por rango, función, orden jurídico o materia, tienen un conjunto de obligaciones en materia de derechos humanos. Son los sujetos destinatarios de las disposiciones de esta fracción.
- 2) El contenido de la acción deónticamente establecida: que son las obligaciones expresadas en cuatro verbos que denotan acciones a cumplir por los sujetos obligados, esto es, las mencionadas autoridades: promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.
- 3) Una modalidad establecida por el Constituyente para el cumplimiento de las acciones, que establece límites para el ejercicio de las obligaciones: el cumplimiento de las obligaciones señaladas se debe realizar de conformidad con el conjunto y sin traspasar

²³ Existe cierta cercanía entre esta manera de analizar dicho párrafo con el análisis del mismo realizado por el Pleno de la Corte en la contradicción de tesis 293/2011.

las limitaciones jurídicas de las competencias que ostentan las mencionadas autoridades.

- 4) Fija contenidos normativos obligatorios en la modalidad de reglas interpretativas: en el ejercicio de las obligaciones a cargo de las autoridades mencionadas éstas habrán de aplicar, esto es, tienen que considerar los contenidos de varios principios concretos, específicamente los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

El segundo conjunto de disposiciones del mencionado artículo 1 se refiere a otro tipo de obligaciones unidas a las anteriores, en sentido lógico según el Constituyente, pues incorpora un “en consecuencia” —deficiente técnica legislativa que olvida que las disposiciones legales no contienen razonamientos, porque éstos evidencian actos de razón, sino lenguajes imperativos, ya que éstos muestran actos de voluntad— entre ambos conjuntos. Ahora tenemos un único sujeto obligado, pero es uno de enorme tamaño, es “el Estado”. Las obligaciones constitucionales que este actor tiene son las siguientes, expresadas en varios verbos que denotan las siguientes acciones: prevenir, investigar, sancionar y reparar. ¿Cuál es el complemento de estas acciones, su contenido? Son las violaciones de los derechos humanos, de nuevo, sin distinción de ningún tipo, ni sujeto que la haya realizado, ni forma ni tiempo de ejecución. Sin embargo, hay una restricción importante, pues las reparaciones que el Estado decreta por las violaciones de derechos humanos que se realicen: deben sujetarse a los procedimientos y demás requisitos que marque una ley que deberá expedir el Congreso de la Unión, obligación legislativa que habría de cumplir en el término de un año a partir de la entrada en vigor del decreto de reforma, según fijó el legislador constitucional en el artículo segundo transitorio del mencionado decreto.²⁴ Por tanto, el legislador secundario dará las pautas para el cumplimiento de las reparaciones por violaciones de derechos humanos.

²⁴ Al parecer, a la fecha de elaboración de este artículo, junio de 2016, no había sido publicada la mencionada ley. Véase <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>. [Fechas de consulta: 9 de junio de 2016.]

De la revisión de los contenidos del artículo 1 podemos inferir que el párrafo segundo podría ser calificado como un “instrumento” para lograr la protección de los derechos humanos al fijar la mencionada pauta o directriz interpretativa. Pero también el tercer párrafo, al establecer un conjunto claro de obligaciones con ciertos sujetos y contenidos atinentes a los derechos humanos, contiene disposiciones “instrumentales” porque no son ellas mismas propiamente derechos humanos, pero sí fijan obligaciones para que dichos derechos puedan ser cumplidos, a través de los principios señalados y las garantías que la ley reglamentaria correspondiente fijaría, orientadas a reparar el daño que la violación de los derechos humanos generara.

Con lo dicho queda completo, en nuestra opinión, el ciclo de cuatro elementos constitucionales que, a partir de las señaladas reformas, soportan el actual sistema de derechos humanos: el orgánico, el procesal, el material y el instrumental.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. CONCEPTOS BÁSICOS Y SIGNIFICADO ACTUAL

Este apartado revisará con extrema brevedad algunas cuestiones orientadas a la comprensión de los conceptos de control de constitucionalidad y control de convencionalidad.

El control de constitucionalidad

Si bien es correcto aseverar que un sentido amplio de control de constitucionalidad refiere a cualquier procedimiento “a través del cual determinados órganos del Estado comprueban si ciertos actos lícitos de los poderes públicos están conformes con la Constitución, decidiendo su anulación o inaplicación en caso contrario”, como sostiene Manuel Aragón,²⁵ nos referiremos aquí a un concepto más bien *restringido* de

²⁵ Manuel Aragón Reyes, “El control de constitucionalidad en la Constitución española”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1999, pp. 171-196. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/128703>. [Fecha de consulta: el 16 de mayo de 2016.]

control de constitucionalidad, que denota el control que realizan solamente órganos formalmente judiciales siguiendo procedimientos jurisdiccionales, caso en el cual también es correcto llamarle “jurisdicción constitucional”, “justicia constitucional” o “proceso constitucional”, nos aclara el profesor Aragón. Asimismo, tendremos en mente las vías de ejercicio del control de constitucionalidad reguladas por los artículos 103 y 107 constitucionales, en concreto el juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional. Haremos referencia al amparo, en primer lugar.

Se afirma que tiene sentido atestiguar la existencia del control de constitucionalidad cuando se constatan ciertos rasgos en un orden constitucional determinado, en concreto, que se cuente con una Constitución rígida, escrita, que ésta sea vigente, que sea norma suprema y, además, eficaz. De manera que cuando se está frente a un constitucionalismo nominal o uno semántico, pero no normativo porque carece de los atributos mencionados, hablar “de control de constitucionalidad, aunque en el texto legal esté perfectamente arbitrado y regulado, puede resultar no sólo políticamente sarcástico, sino científicamente peligroso”.²⁶ Es decir, si se constata la existencia del control de constitucionalidad entonces se cumple un requisito para afirmar la existencia de un constitucionalismo *normativo*.

Ante la contundencia de las aseveraciones del párrafo anterior, es posible caer en la tentación de afirmar que la historia constitucional mexicana evidencia no un constitucionalismo *normativo* sino uno *nominal*, aunque quizá no *semántico*. El autor de la aguda clasificación de constitucionalismos ahora citada, Karl Loewenstein, sostenía desde 1957 que Latinoamérica es el campo tradicional de las constituciones nominales, esto es, aquellas en donde la dinámica del proceso político no se adapta a las disposiciones constitucionales y en donde la buena fe o buena voluntad de sus emisores tornan a las constituciones como un lugar ubicado en el horizonte o un estadio ideal al cual se quiere llegar, y en donde la función primordial de esa Constitución es más bien edu-

²⁶ Véase Pedro de Vega García, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, Madrid, 1979, pp. 93-118. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/128703>. [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2016.]

cativa, pero no normativa.²⁷ La Constitución como el nirvana. Y quizá la revisión de la historia constitucional mexicana nos revele un buen trozo de verdad al afirmar la nominalidad de nuestro constitucionalismo, no sólo el que con tantos tropiezos violentos vivimos en el siglo XIX, sino también durante buena parte del siglo XX, por la carencia de legitimidad democrática —que se entiende era un elemento definitorio de nuestro constitucionalismo— porque dicha ausencia democrática lo caracterizó un largo trecho del siglo XX.²⁸

Sin embargo, a pesar de la aparente nominalidad de nuestra experiencia constitucional, no podemos concluir que carecimos de control de constitucionalidad en sentido estricto, considerando la vivencia de nuestro amparo, si bien este control ha estado acotado o restringido en los términos en que se menciona en seguida.

La historia constitucional mexicana incorporó un instrumento de control de constitucionalidad, en la forma específica de justicia constitucional, a través de la figura del juicio de amparo, cuya primera expresión normativa en el orden jurídico nacional fue en el Acta de Reformas a la Constitución (de 1824) expedida en 1847, tras una experiencia previa en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841.²⁹ La importancia del juicio de amparo, como el instrumento protector ante violaciones de derechos humanos por parte de las autoridades, ha sido celebrada unánimemente, con razón. Y entre las razones para celebrar su existencia y permanencia a pesar de los vaivenes de la historia política y jurídica mexicana se encuentra el que una singular característica del amparo consiste en que sus efectos no ponen en verdadero riesgo el ejercicio del poder político cuando las autoridades violentan la Constitución, sino que se ha limitado históricamente a proteger al individuo que ha solicitado la protección de la justicia federal por esta vía. Esto

²⁷ Loewenstein entiende por Constitución semántica aquella en donde se formaliza la situación del poder político en beneficio exclusivo de quienes controlan el poder fáctico.

²⁸ Por ejemplo, José Ramón Cossío defiende la tesis de que la legitimidad del régimen que surgió de la Revolución Mexicana y que se consolidó durante las décadas de dominio de partido hegemónico fue de tipo corporativista, pero no democrático ni tampoco carismático. Véase José Ramón Cossío Díaz, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

²⁹ En la Constitución de Yucatán citada, el artículo 61 creaba un juicio de amparo contra leyes o decretos o contra providencias del gobernador pero “limitándose en ambos casos, a reparar el agravio en la parte en que la constitución hubiese sido violada”.

es, es un juicio de control de constitucionalidad pero con efectos solamente *inter pares*, en principio. Esta característica o doctrina —de muy añejo cuño, pues viene desde 1847— conocida como “cláusula Otero”, al día de hoy se encuentra redactada en el párrafo primero de la fracción II del artículo 107 constitucional en los siguientes términos: “Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.” La precariedad de los efectos del control de constitucionalidad por vía del amparo ha sido reducida, por la reforma de 2011, mediante la cual se ha fijado que el amparo puede contar ahora, en ciertos casos, con efectos que exceden las limitaciones establecidas históricamente para este tipo de sentencias, es decir, éstas pueden tener aplicación amplia, como lo establece hoy el párrafo tercero de la fracción II del artículo 107 constitucional, en los siguientes términos:

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Si bien el fortalecimiento de las sentencias de amparo es en verdad muy reciente, como lo establece el párrafo transcrito, no podemos sostener que habíamos vivido un liso y llano constitucionalismo nominal, hasta esta reforma, con una Constitución sólo educativa, pero sin normatividad. Podría afirmarse que el normativismo de nuestra Carta Magna ha sido uno relativizado o acotado, pues ha estado limitado a los múltiples casos de protección individual de ciudadanos por violaciones de sus derechos, pero que no ha impactado las situaciones que verdaderamente pudieran representar peligro para quienes ostentan el poder en esos casos de actos inconstitucionales. Si esto es verdad, entonces el constitucionalismo mexicano había contado tradicionalmente con un control de constitucionalidad individuali-

zados, pero que no había alcanzado los estándares propios de una justicia constitucional plena.

El control de constitucionalidad en el sentido de justicia constitucional ejercida por medio del juicio de amparo mantuvo sus principales características a través de las diferentes Constituciones que lo regularon, tanto la de 1857 como la de 1917. En relación con la de 1857, el amparo quedó regulado en los artículos 101 y 102; este último sufrió una única reforma en 1908 para determinar la procedencia del amparo en materia civil cuando ya no existiera otro recurso previo. La Constitución de 1917 reguló fundamentalmente el amparo en los artículos 103 y 107. El primero ha tenido 3 reformas y el 107 ha sufrido 16 reformas a junio de 2016.

En la edad del constitucionalismo balanceado, una característica que lo define es la existencia de un control de constitucionalidad no acotado, casi pleno, salvo los temas de posible inconstitucionalidad de decretos de reforma constitucional, a los cuales ya nos referimos, al citar las dos trascendentales reformas de 1994 y 2011. En efecto, contamos ahora con una justicia constitucional que se ha visto enriquecida con la incorporación de las vías de acción de inconstitucionalidad y de las controversias constitucionales, resultado de la mencionada reforma de 1994, que incorporó la figura de la acción de inconstitucionalidad y recreó, reforzándola sólidamente, la diversa vía de las controversias constitucionales.

La incorporación de las controversias constitucionales fortalecidas y el agregado de la nueva vía de las acciones de inconstitucionalidad al sistema de control constitucional, que antaño se apoyaba casi exclusivamente en el amparo, se cumplió modificando el artículo 105 constitucional que desde 1917 contaba sólo con un breve párrafo regulador de las controversias, poco invocado en nuestro foro. Como lo observó el presidente Zedillo en la exposición de motivos de su iniciativa, la sociedad había rebasado a la norma y el amparo era ya insuficiente para:

comprender y solucionar todos los conflictos de constitucionalidad que puedan presentarse en nuestro orden jurídico. Por ello, es necesario incorporar procedimientos que garanticen mejor el principio de división de poderes y a la vez permitan que la sociedad cuente con mejores instrumentos para iniciar acciones de revisión de la constitucionalidad de una disposición de carácter general a través de sus representantes.

Consecuentemente, el reformador incorporó vías procesales para conducir las disputas entre órganos jurídicos por cuestiones de competencia hacia la Suprema Corte, y también para resolver contradicciones normativas entre la Constitución y otras normas generales.

Tras la reforma de 1994 se han emitido nueve decretos modificadores del artículo 105 constitucional.³⁰ En general, puede afirmarse que el diseño normativo creado por el órgano que reforma la Constitución para regular las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad ha sido muy exitoso, tomando en consideración el sentido y la profundidad de las reformas posteriores a este artículo. Así, la revisión de las reformas posteriores a 1994 muestra que éstas han estado orientadas o bien a actualizar los órganos a quienes se les confiere legitimación procesal activa, cuando se han actualizado o creado otros órganos constitucionales, como es el caso de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los denominados órganos constitucionales autónomos, el organismo garante del derecho al acceso a la información pública (INAI), la Fiscalía General que suplirá a la Procuraduría General de la República o los partidos políticos, por mencionar algunos órganos. Las reformas también han ampliado el ámbito normativo que puede someterse a revisión por estas vías o alguna de ellas, como es el caso de las leyes en materia electoral, que desde la reforma de 1996 son impugnables por la vía de las acciones de inconstitucionalidad, y aquí hay que resaltar la incorporación de los tratados internacionales como criterio de determinación de inconvencionalidad, tema que engarza con el del control de convencionalidad.

El control de convencionalidad

Quizá sea correcto indicar la existencia del control de convencionalidad si constatamos aquí la presencia de supuestos o características análogas a los que identificamos para el control de constitucionalidad: que existan ordenamientos rígidos, escritos, vigentes, ubicados en la cúspide del ordenamiento y eficaces. Sin embargo, parece correcto afir-

³⁰ Hubo dos decretos reformativos más al texto original de este artículo 105 publicado en 1917, anteriores al de 1994, pero no afectan el sentido de este análisis.

mar que si bien México ha sido un país que ha participado muy activamente en los instrumentos constitutivos de disposiciones de derecho internacional público, que formaría el conjunto normativo fundamental que operaría como fuente de contraste para ejercer el control de convencionalidad, no todas las mencionadas características formaban parte de las disposiciones de los derechos humanos establecidos en el ámbito del derecho internacional público, hasta hace pocos años. Es verdad que los tratados internacionales que México ha firmado, todos, tienen un lugar en el ordenamiento mexicano, asignado por el artículo 133 de nuestra Constitución vigente, que los califica como “ley suprema de toda la Unión”, pero suele reconocerse que los derechos humanos no tenían el “poder jurídico” suficiente para ser considerados análogos a los derechos humanos establecidos en la Carta Magna, a los cuales les llamábamos garantías individuales. Dicho de otra manera, al parecer las condiciones exigidas para el control de constitucionalidad sí estaban presentes en el campo de la convencionalidad, salvo la eficacia de los derechos que en sede convencional no estaba reconocida o lo estaba de forma muy disminuida.

Varios factores han generado los impulsos para el reconocimiento de la eficacia de los derechos humanos convencionales.³¹ Sin duda, la reforma constitucional de 2011, a la cual ya hicimos referencia en el apartado anterior, fue un vigoroso viraje hacia la señalada aceptación de la centralidad de los derechos humanos. Pero no fue el único ni tampoco el primer acto jurídico que propugnaba tal reconocimiento. Para ubicar el origen de este pujante movimiento protector de los derechos humanos no se encuentra sólo en los contornos jurídicos propiamente nacionales, sino que hay que voltear la mirada hacia los espacios internacionales para ubicar su nacimiento.

³¹ Un interesante estudio sobre las reformas en materia de derechos humanos está en Santiago Nieto Castillo, *Control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014. Disponible en: http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/cuaderno_30_je.pdf. [Fecha de consulta: 26 de mayo de 2016.] También consúltese un documentado estudio sobre el tema en Pedro Salazar Ugarte (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, LXII Legislatura, 2014. Disponible en: http://www.senado.gob.mx/ibd/content/publicaciones/varias/Libro_DH.pdf.

Nadie podría negar el hondo impacto que generó la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el denominado Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, del 23 de noviembre de 2009, para la, digamos, “conciencia jurídica” de nuestras autoridades, particularmente la de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en materia de derechos humanos, a la que nos referiremos adelante. Pero es conveniente, de manera previa, retroceder un poco en la historia de esta Corte de jurisdicción continental americana en materia de derechos humanos para ubicar el origen del control de convencionalidad, como hoy es entendido.

Cuando nos referimos al llamado control de convencionalidad, parece correcto afirmar que asistimos al uso de un neologismo o, al menos, de una expresión que no había sido utilizada con generalidad para referirse a un tipo de control jurídico con sustanciales cercanías al control de constitucionalidad.

El concepto y la expresión fueron utilizadas en sede judicial, al parecer por primera ocasión, en el voto concurrente razonado emitido por el juez Sergio García Ramírez en el Caso Mack Chang vs. Guatemala, de 25 de noviembre de 2003, en el siguiente párrafo:³²

27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones

³² Véase el texto de la sentencia y sus votos en: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2016.] El mismo juez García Ramírez señaló que un previo trabajo suyo de 2001 contiene quizá el antecedente o la ocasión primera en que se utilizó una expresión para referirse a este control, pero con la voz “control de internacionalidad”. Véase Sergio García Ramírez, “Derecho procesal constitucional”, en *Temas de derecho*, México, Universidad Autónoma del Estado de México/Universidad Nacional Autónoma de México/Seminario de Cultura Mexicana, 2002, p. 435.

fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

Posteriormente, el término fue admitido ya por la propia Corte Interamericana, y no sólo en un voto particular de uno de sus miembros, en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, del 26 de septiembre de 2006,³³ en donde el órgano jurisdiccional, *per curiam*, expresamente sostuvo lo siguiente:³⁴

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Esta determinación emitida por la Corte IDH fue muy poco después confirmada en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, para asentar que dicho control de convencionalidad se ejercería atendiendo al principio de legalidad, esto es, según las competencias internas y los procedimientos estatuidos al efecto:³⁵

³³ Véase Sergio García Ramírez, *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre el control de convencionalidad*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 13 y ss.

³⁴ Véase Rubén Hernández Valle, *Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 727.

³⁵ Véase Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, de 24 de noviembre de 2006. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es> [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2016.]

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

Vayamos ahora al referido caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, que tuvo una resonancia y alcances muy altos entre nosotros. No se narrarán los hechos del caso ni los elementos descriptivos del problema. Sólo se hace mención de que se trató de la desaparición forzada de un ciudadano mexicano ocurrida en agosto de 1974, en un retén militar, y de la dolorosa e inútil insistencia de sus parientes y allegados para encontrarlo en múltiples instancias federales y locales, todas sin éxito. El asunto llegó hasta la Corte Interamericana y ésta resolvió condenando al Estado mexicano, señalando a algunos de los órganos del Estado mexicano a quienes se les asignaba responsabilidad. Uno de ellos es el Poder Judicial de la Federación.

Por cuanto hace al control de convencionalidad, la Corte IDH recordó, en su párrafo 339 de *Radilla*, que esta vía de protección de los derechos humanos es una doctrina consistente que el tribunal aplica —como lo hemos visto en los textos transcritos— y que los jueces de todo Estado que haya firmado el tratado creador de la Convención Americana son sujetos obligados a aplicarlo (se suprimen las notas a pie de página del original):

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado

ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Este último aspecto resalta entre los demás por el señalamiento directo de una responsabilidad a cargo de los jueces mexicanos en esta delicada materia. La Suprema Corte de Justicia de la Nación reaccionó ante la sentencia Radilla a través de su presidente, quien formuló una pregunta al Pleno de la Suprema Corte sobre la acción que debía asumir el máximo tribunal ante la sentencia Radilla. El asunto fue tramitado y resuelto en el expediente varios 912/2010. Los temas tratados fueron diversos, desarrollados y resueltos en nueve considerandos. Nos interesa el séptimo, que se nombró “Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de la constitucionalidad”. El considerando séptimo desarrolló tres cuestiones, las cuales fueron aprobadas con una votación, en cada uno de los tres casos, siete a favor y tres en contra; por cierto, las votaciones fueron consistentes entre sus emisores. La primera cuestión fue ¿debe el Poder Judicial de la Federación ejercer control de convencionalidad *ex officio* entre normas internas y la Convención Americana “conforme a competencias y reglas procesales”? Y la segunda cuestión fue ¿debe ejercerse el control de convencionalidad por todos los jueces del Estado mexicano? Finalmente, en la tercera cuestión el Pleno de la Corte estableció un modelo de control de convencionalidad compuesto de las siguientes tres categorías:

- a) Los jueces del Poder Judicial de la Federación pueden declarar la invalidez de normas contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, en

controversia constitucional, acciones de inconstitucionalidad y amparo.

- b) Otros jueces pueden desaplicar dichas normas para el caso concreto, pero no declararlas inválidas.
- c) Otras autoridades deben interpretar los derechos humanos de la manera que más favorezca, sin que puedan declararlas inválidas ni desaplicadas.

Más tarde, la Corte conoció, por medio de la contradicción de tesis 293/2011, un conflicto de criterios judiciales que implicaban dos cuestiones de enorme interés.

La primera atendía a un distinto entendimiento entre los tribunales que estaban en oposición normativa, sobre la jerarquía de los tratados internacionales. La respuesta aportada por el Pleno de la SCJN fue en el sentido de que en materia de derechos humanos, no existe relación de jerarquía entre la Constitución y los tratados internacionales, sean éstos de derechos humanos o versen sobre otras materias, siempre que se trate de disposiciones precisamente de derechos humanos. Con esta determinación asumida, la Corte emitió una tesis de jurisprudencia que tiene el rubro “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL”. La tesis resume aptadamente —y creo que también parcialmente—, los importantes contenidos de la resolución que resuelve la contradicción mencionada. El título muestra la idea principal de la tesis, consistente en sostener que la ubicación de los derechos humanos no es una causa para distinguir posiciones jerárquicas entre los derechos, sino que tanto la Constitución como los tratados internacionales, que evidentemente son creados por órganos diferentes que siguen procedimientos distintos, son ordenamientos de la misma jerarquía cuando sus disposiciones contienen derechos humanos. Pero la tesis también afirma que si acaso hubiera una restricción expresa en la Constitución a algún derecho contenido en un tratado, prevalece la restricción constitucional.

Es interesante el esfuerzo de la tesis para armonizar ambos tipos de ordenamientos. En realidad, el cuerpo de la resolución sostiene categóricamente que “las normas internacionales de derechos humanos

que cumplan con el requisito material previsto en el artículo 15 (se refiere al artículo que prohíbe a las autoridades mexicanas la celebración de tratados que alteren los derechos humanos que contiene la propia Constitución), pasarán a formar parte del catálogo constitucional de derechos humanos, desvinculándose del tratado internacional que es su fuente y, por lo tanto, de su jerarquía normativa”, afirmación que tiene el corolario de considerar, sigue diciendo la Corte, que “hablar de constitucionalidad o convencionalidad implica hacer referencia al mismo parámetro de regularidad o validez”. El esfuerzo argumentativo de la resolución para llegar a esta conclusión —asociada a los artículos 1 y 15 constitucionales, principalmente—, para señalar que en su interpretación no importa la fuente, el origen de los derechos humanos, sino sólo la materia, pues ésta determina la posición de la norma de derechos humanos y, por tanto, el parámetro de validación de los demás actos jurídicos, ese esfuerzo argumentativo parece desaparecer cuando, inmediatamente, vuelve a asumir un criterio formal y abandona el criterio material que ya había abrazado para fijar una directriz de interpretación que sí atiende al origen de la norma de derechos humanos: si la norma tiene por origen la Constitución y dicha norma fija una limitación a otra diversa norma de derechos humanos que se encuentre en algún tratado internacional, esto es, normas que son materialmente iguales y que, por tanto, ya han superado —abandonado— el criterio de jerarquía, afirma la Corte que prevalece la norma que se encuentra en la Constitución. La Corte construye una directriz de interpretación que supone el regreso del criterio formal de la fuente para resolver la antinomia, en sentido favorable a la norma constitucional.

En realidad, es muy insatisfactoria esta solución a una antinomia en derechos humanos aportada por la resolución y luego incorporada a la tesis en comento. Quizá, de seguir su argumento correctamente, la Corte pudo sostener que, en tanto las normas de ambos ordenamientos pertenecen a la misma Constitución, lo correcto es proceder señalando la interpretación más favorable al ciudadano. Pero esto significaba no hacer caso a la expresa jerarquización que el órgano reformador constitucional había fijado en el artículo 1 en el sentido de prevalencia de la disposición constitucional frente a la convencional. La Corte prefirió la interpretación literal frente a la sistemática, en este caso de antino-

mia. Queda la impresión de que el asunto no ha encontrado cabal ni satisfactoria solución.

La segunda oposición o contradicción normativa resuelta por la Corte versaba sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos para los tribunales mexicanos. De nuevo, la Corte fijó su posición en una tesis con el rubro “LA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA”, en donde la Corte establece que la obligatoriedad de los precedentes se fundamenta en el propio artículo 1 constitucional al fijar la obligación de aplicar el principio *pro personae*. En este caso, el alto tribunal distingue entre vinculatoriedad y aplicabilidad para sostener que, como es natural, sí es correcto que se apliquen las disposiciones de los precedentes de la Corte IDH en los casos en los cuales México no haya sido parte del correspondiente juicio, si del marco normativo analizado, el contenido fáctico y las peculiaridades del caso son análogas a las de las particularidades del juicio. Esto es, se trata de separar los conceptos obligatoriedad o vinculatoriedad frente al de aplicabilidad.

En abono a su tesis, la SCJN recuerda el “doble carácter o función” que tienen las sentencias de la Corte Interamericana, pues la *función tutelar* significa que la sentencia resuelve un caso específico dirigido a emitir medidas de reparación a cargo del Estado condenado en un juicio de derechos humanos. En cambio, la *función preventiva* “se desprende de los precedentes contenidos en las sentencias, las cuales, además de resolver un asunto específico, pretende sentar un estándar mínimo que resulte aplicable para casos futuros y respecto de otros Estados formalmente ajenos a la controversia que dio lugar a la emisión de la sentencia”. Queda claro que esta segunda función preventiva es la que sustenta la vinculatoriedad de los precedentes, en general.

CONCLUSIONES. ¿UN ESTADO CONVENCIONAL DE DERECHO?

De manera muy breve podemos concluir que en los últimos años el orden jurídico mexicano ha experimentado un profundo cambio constitucional. Contamos con un nuevo constitucionalismo que es el re-

sultado de diversos factores, de acciones cumplidas tanto en el campo de los órganos internos como en el de los órganos internacionales. Por una parte, se ha renovado la cuestión orgánica y la procesal de la Suprema Corte para convertirla en un Tribunal Constitucional. Asimismo, la Constitución ha enfocado sus baterías hacia la protección de los derechos humanos, particularmente con la reforma de 2011.

La renovación del sistema de control de constitucionalidad y la incorporación del control de convencionalidad, aunque son los frutos de las acciones de actores diversos y en momentos históricos distintos, no son compartimentos separados. Hay una firme ruta trazada para construir un sistema protector de los derechos humanos en México, soportado en actos y normas que se interrelacionan. Tanto la propia Suprema Corte de Justicia de México como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus respectivos ámbitos, han expresado el “diálogo protector” que anima sus respectivos afanes jurisdiccionales en la protección de los derechos humanos. La Corte Interamericana lo afirma invocando el “principio de complementariedad o de subsidiariedad”, que entiende que el trabajo jurisdiccional ejercido por la Corte IDH es “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” como afirma la propia Corte en el Caso *Gelman vs. Uruguay*.³⁶

Quizá el momento que vivimos en materia de derechos humanos, del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad, se ajuste a la afirmación de García Ramírez en el sentido de que estamos en un “nuevo *ius commune* latinoamericano”,³⁷ que puede entenderse como un control de juridicidad “que obedece a ideas y realidades que operan a partir de un proyecto humano universal, una cultura jurídica en la que aquéllas se reflejan, multiplican y difunden, y unos organismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales encargados de atender a dicho proyecto conforme a los principios y las normas derivados de

³⁶ Véase Caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013, párrafos 69-72, 87 y 88. Citado en la controversia constitucional 293/2011, especialmente las páginas 62 y 63.

³⁷ Véase Sergio García Ramírez, “Derecho procesal constitucional”, *op. cit.*, p. 435.

esa cultura”.³⁸ Acaso también estemos iniciando un tránsito desde un Estado constitucional de derecho,³⁹ que entre nosotros apenas está “en construcción”, hacia una forma de estado más compleja aún, la cual, al incorporar el generoso y fecundo bagaje de los derechos humanos desde el derecho internacional, podría acercarse a constituir algo que acaso podría llamarse un Estado convencional de derecho.

FUENTES CONSULTADAS

Bibliográficas

- CASAR, María Amparo e Ignacio Marván, “Pluralismo y reformas constitucionales en México: 1997-2012”, en María Amparo Casar e Ignacio Marván (coords.), *Reformar sin mayorías. La dinámica del cambio constitucional en México 1997-2012*, México, Taurus, 2014, pp. 13-85.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, Miguel Ángel Porrúa/ITAM, 2001.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y José Ramón Cossío Díaz, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Derecho procesal constitucional”, en *Temas de derecho*, México, Universidad Autónoma del Estado de México/Universidad Nacional Autónoma de México/Seminario de Cultura Mexicana, 2002.
- , *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre el control de convencionalidad*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015.
- HAMILTON, Alexander, James Madison y John Jay, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alberto Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1986.
- NIETO CASTILLO, Santiago, *Control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Tribunal Electoral del

³⁸ Véase Sergio García Ramírez, *Votos particulares...*, *op. cit.*, p. 47.

³⁹ Véase en general Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán, Madrid, Trotta, 1995.

- Poder Judicial de la Federación, 2014 (Cuadernos de divulgación de la justicia electoral, núm. 30).
- SALAZAR UGARTE, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República LXII Legislatura, 2014.
- STONE, Geoffrey R. *et al.*, *Constitutional Law*, 3a. ed., New York, Little Brown and Company, 1996.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán, Madrid, Trotta, 1995.

Hemerográficas

- ARAGÓN REYES, Manuel, “El control de constitucionalidad en la Constitución española”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 7, 1979, pp. 171-196.
- CARPISO, Jorge, “El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 125, 2009.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “La interpretación de los derechos humanos de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales. El nuevo artículo 1º de la Constitución mexicana”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 32, 2011, pp. 187-206.
- MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M., “Reformas constitucionales en materia de derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 130, enero-abril de 2011, pp. 405-425.
- SCHOR, Miguel, “An Essay on the Emergence of Constitutional Courts. The Cases of Mexico and Colombia”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, núm.1, 2009, pp. 173-194.
- VEGA GARCÍA, Pedro de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, Madrid, 1979, pp. 93-118.
- WILSON, Bruce M. *et al.*, “The Best Laid Schemes... Gang Aft A-Gley: Judicial Reform in Latin America: Evidence from Cost Rica”, *Journal of Latin American Studies*, vol. 36, núm. 3, agosto de 2004, pp. 507-531.

Electrónicas

<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/128703> [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2016.]

- [Http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/cuaderno_30_je.pdf](http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/cuaderno_30_je.pdf) [Fecha de consulta: 26 de mayo de 2016.]
- [Http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion](http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion) [Fecha de consulta: 8 de junio de 2016.]
- [Http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es) [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2016.]
- [Http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=e](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=e) [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2016.]
- [Http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm) [Fecha de consulta: 9 de junio de 2016.]
- [Http://www.scjn.gob.mx/saladeprensa/noticias/Documents/electoral.pdf](http://www.scjn.gob.mx/saladeprensa/noticias/Documents/electoral.pdf) [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016.]
- [Http://www.senado.gob.mx/ibd/content/publicaciones/varias/Libro_DH.pdf](http://www.senado.gob.mx/ibd/content/publicaciones/varias/Libro_DH.pdf) [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016.]
- [Http://www.sitios.scjn.gob.mx/leyamparo/sites/default/files/1.%20Iniciativa%2015%20feb%202011.pdf](http://www.sitios.scjn.gob.mx/leyamparo/sites/default/files/1.%20Iniciativa%2015%20feb%202011.pdf) [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016.]

