



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO

“OPINIÓN A LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL PARA FIJAR LÍMITE AL
CONTROL EX OFFICIO”

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
DOCTORA EN DERECHO

PRESENTA:
ANA YADIRA ALARCÓN MÁRQUEZ

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR:
DR. ÁLVARO AUGUSTO PÉREZ JUÁREZ, FACULTAD DE DERECHO, UNAM
TUTOR PRINCIPAL

DR. JESÚS ANLEN ALEMÁN, FACULTAD DE DERECHO, UNAM
COTUTOR

DR. SERGIO MÁRQUEZ RÁBAGO, FACULTAD DE DERECHO, UNAM
COTUTOR

CIUDAD DE MÉXICO, MARZO DE 2023



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICATORIAS

A Dios que siempre ha guiado mis pasos, me ha dado la vida, la salud y la oportunidad de seguir avanzando en el conocimiento jurídico, para ser un instrumento de su amor que sirva a los demás.

A mis hijos, Jesús Emilio Durán Alarcón y Ana Loreto Tovar Alarcón, que pacientemente me apoyaron para que dedicara tiempo a desarrollar esta investigación, que fueron generosos en sacrificar nuestros espacios de recreación como familia, alentándome siempre a que me apurara a terminar. Los amo queridos hijos y espero dejar sembrada una semilla en su corazón, como testimonio de que los sueños con esfuerzo, se cumplen.

A mis amados padres, Don Guillermo Edmundo Alarcón Fraga y Doña Ana de Gracia Márquez Ruíz, mis grandes ejemplos de vida, a quienes debo mi educación, mis valores y todo; así como a mi hermana Yurianna Alarcón Márquez, que amorosamente siempre me ha impulsado. A los tres que han estado conmigo en todo momento, gracias por su paciencia, solidaridad y amor incondicional.

A mis maestros de vida y de academia, algunos de los cuales están citados en este trabajo, porque con sus invaluable consejos y atinadas observaciones me acompañaron en este propósito.

A mis tutores que me brindaron su tiempo, guiando paso a paso el desarrollo de cada capítulo hasta su culminación.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I. CONCEPTOS GENERALES.	21
I.1. La democracia como condición indispensable de los derechos humanos.	21
I.1.1. Concepto de democracia.	21
I.1.2. La democracia y la división de poderes.	24
I.2. Los derechos humanos y los derechos fundamentales.	26
I.2.1. Concepto de derechos humanos.	26
I.2.2. Concepto de derechos fundamentales.	29
I.2.3. Diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales.	30
I.2.4. Tutela y protección.	33
I.3. El control de convencionalidad y de constitucionalidad.	34
I.3.1. Aproximaciones conceptuales.	34
I.3.1.1. Concepto de bloque de constitucionalidad.	35
I.3.1.2. Concepto de parámetro de constitucionalidad.	37
I.3.1.3. Concepto de control de convencionalidad.	39
I.3.1.4. Concepto de control de regularidad constitucional.	41
I.3.2. Diferencia entre control de convencionalidad y control de regularidad constitucional.	42
I.3.3. Tipos de control.	43
I.3.3.1. Conforme a la naturaleza del órgano que lo realiza.	44
I.3.3.2. De acuerdo con la orientación de la interpretación que requieren.	46
I.3.3.3. Con base en el número de órganos que lo ejercen.	48
I.4. Diferencia entre el control de convencionalidad <i>ex officio</i> y la suplencia de la queja	52
I.4.1. Concepto de la suplencia de la queja deficiente.	52
I.4.2. Alcances de la suplencia de la queja deficiente.	54
I.4.3. Diferencia entre control <i>ex officio</i> y suplencia de la queja deficiente.	56
CAPÍTULO II. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL, INTERPRETACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA.	58
II.1. La función jurisdiccional.	58
II.1.1. Concepto de jurisdicción.	59
II.1.2. Principios que rigen la función jurisdiccional.	61
II.1.2.1. Principio de autonomía.	61

II.1.2.2. Principio de certeza.....	65
II.1.2.3. Principio de imparcialidad.....	67
II.1.2.4. Principio de independencia.....	68
II.1.2.5. Principio de legalidad.	73
II.1.2.6. Principio de objetividad.....	74
II.1.2.7. Principio de publicidad o transparencia.	75
II.1.2.8. Principio de excelencia profesional.....	76
II.1.2.9. Principio de honradez.....	79
II.2. La función interpretativa de los órganos jurisdiccionales.	80
II.2.1. Concepto de interpretación.	80
II.2.2. Métodos de interpretación jurídica.	83
II.2. La Argumentación Jurídica.....	89
II.2.1. Argumentación.....	89
II.2.1.1. Antecedentes: Sócrates, Aristóteles, Platón y Cicerón.	92
II.2.1.2. Theodor Viehweg. La Tópica Jurídica.....	95
II.2.1.3. Chain Perelman. La concepción retórica.	97
II.2.1.4. Stephen E. Toulmin. Estructura de los argumentos.....	102
II.2.1.5. Neil MacCormick.	105
II.2.1.7. H.L.A. Hart.....	109
II.2.1.8. Ronald Dworkin.	114
II.2.1.9. Robert Alexy. La teoría del discurso como teoría procedimental.	119
II.3. La jurisprudencia.	125
II.3.1. Concepto de jurisprudencia.....	125
II.3.2. Características de la jurisprudencia.	128
II.3.3. Retroactividad de la jurisprudencia.	129
II.3.4. Métodos para conformar jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación.	130
II.3.4.1. Por reiteración de criterios.....	130
II.3.4.2. Por contradicción o unificación de criterios.....	130
II.3.4.3. Por sustitución.....	131
II.3.4.4. Por precedentes obligatorios.	132
II.3.4.5. Producto de una declaratoria general de inconstitucionalidad.	135
II.3.5. Interrupción de la jurisprudencia.	135

II.3.6. Medios para la difusión de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación.	136
II.3.7. Otros órganos jurisdiccionales federales que emiten jurisprudencia.	139
II.3.7.1. Jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.	139
II.3.7.2. Jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.	141
II.3.7.3. Jurisprudencia del Tribunal Superior Agrario.	142
CAPÍTULO III. EL SISTEMA INTERAMERICANO Y LA EVOLUCIÓN DEL CONTROL <i>EX OFFICIO</i> EN SU JURISPRUDENCIA.	143
III.1. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	143
III.1.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.	144
III.1.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.	144
III.2. Relación entre el derecho interamericano y el derecho interno.	145
III.2.1. Los Estados como creadores y destinatarios del derecho interamericano.	148
III.2.2. Naturaleza jurídica de los tratados sobre derechos humanos.	150
III.2.3. Sistemas para la incorporación del Derecho Internacional al Derecho Interno.	151
III.2.3.1. Teoría dualista.	152
III.2.3.2. Teoría monista.	152
III.2.4. Los principios aplicables al cumplimiento de los tratados.	154
III.3. La jurisprudencia interamericana.	156
III.3.1. Concepto de jurisprudencia interamericana.	156
III.3.2. Evolución de la jurisprudencia interamericana sobre control <i>ex officio</i> .	156
III.3.2.1. Antecedentes de facto y no de concepto.	156
III.3.2.2. Antecedentes aislados en voto razonado.	158
III.3.2.3. Evolución en orden cronológico.	160
III.3.2.3.1. Caso Almonacid Arellano vs. Chile.	161
III.3.2.3.2. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.	163
III.3.2.3.3. Caso Boyce y otros vs. Barbados.	164
III.3.2.3.4. Caso Radilla Pacheco vs. México.	165
III.3.2.3.5. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México.	167
III.3.2.3.6. Caso Gelman vs. Uruguay.	170
III.3.2.3.7. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina.	171

III.3.2.3.8. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala.....	173
III.3.2.3.9. Caso <i>Gelman vs. Uruguay</i> (supervisión de cumplimiento de sentencia).....	175
III.3.2.3.10. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname.....	178
III.3.2.3.11. Opinión consultiva OC-21/14.	179
III.3.2.3.12. Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador.....	181
III.3.2.3.13. Caso Comunidad Garífuna De Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras.....	182
III.3.2.3.14. Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador.	183
III.3.2.3.15. Opinión consultiva OC-22/16.	184
III.3.2.3.16. Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala.	187
III.3.2.3.17. Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú.....	188
III.3.2.3.18. Caso Andrade Salmón vs. Bolivia	189
III.3.2.3.19. Opinión consultiva OC-24/17	190
III.3.2.3.20. Caso San Miguel Sosa y otra vs. Venezuela.....	192
III.3.2.3.21. Caso Colindres Schonenberg vs El Salvador	194
III.3.2.3.22. Caso de los Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, Caso Molina Theissen y otros 12 casos contra Guatemala.....	196
III.4. Reglas aplicables al control de convencionalidad.....	198
CAPÍTULO IV. PARÁMETROS APLICABLES AL CONTROL <i>EX OFFICIO</i> EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA Y EL JUICIO DE AMPARO.	204
IV.1. Antecedentes.	204
IV.2. Tesis aisladas y jurisprudencias seleccionadas emitidas por las Salas y por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.	206
IV.2.1. Expediente Varios 912/2010.	207
IV.2.2. ADR 30/2012.	215
IV.2.3. ADR 2354/2012.	217
IV.2.4. ADR 173/2012.	220
IV.2.5. Contradicción de tesis 21/2011.	222
IV.2.6. Contradicción de tesis 293/2011.	225
IV.2.7. Tesis de Jurisprudencia 104/2013.....	229
IV.2.8. Contradicción de Tesis 336/2013.....	230
IV.2.9. ADR 1640/2014.	233
IV.2.10. Expediente Varios 1396/2011.	235

IV.2.11. Tesis de jurisprudencia 11/2014.....	237
IV.2.12. Tesis de Jurisprudencia 69/2014.....	239
IV.2.13. Contradicción de Tesis 299/2013.....	240
IV.2.14. Tesis de Jurisprudencia 123/2014.....	243
IV.2.15. ADR 476/2014.	245
IV.2.16. ADR 4927/2014.	246
IV.2.17. AD 23/2014.....	247
IV.2.18. ADR 7/2015.	250
IV.2.19. ADR 1046/2012.	251
IV.2.20. ADR 1083/2014.	253
IV.2.21. Tesis de Jurisprudencia 4/2016.....	255
IV.2.22. Tesis de Jurisprudencia 29/2016.....	257
IV.2.23. Tesis de Jurisprudencia 37/2017.....	258
IV.2.24. Contradicción de Tesis 351/2014.....	260
IV.3. Nuevas reglas del control de constitucionalidad, derivadas de las jurisprudencias y tesis en análisis.....	271
IV.3.1. Respecto a la sospecha de inconstitucionalidad para hacer control ex officio	271
IV.3.2. Sistema Federal, distribución de competencias entre niveles de gobierno y entre tipo de tribunales.....	272
IV.3.3. Respecto a la competencia de los jueces.	273
IV.3.4. Requisitos de Admisibilidad.	274
IV.3.5. Presupuestos Procesales y Formalidades del Procedimiento.	276
IV.3.6. Debido proceso y certeza jurídica.	278
IV.3.7. Preclusión y cosa juzgada.....	280
IV.3.8. Respecto de los efectos que arroja el realizar el control ex officio.....	282
IV.3.9. Análisis de los criterios alcanzados a nivel nacional.....	284
CAPÍTULO V. VERIFICACIÓN DE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES INTERAMERICANOS Y NACIONALES EN CASOS PRÁCTICOS.....	285
V.1. Amparo Directo en Revisión 151/2011, relativo al domicilio del centro penitenciario en que los sentenciados deben cumplir su pena.	286
V.1.1. Información general del caso.	286
V.1.2. Planteamiento del caso.....	286
V.1.3. Variables de la investigación.....	289

V.1.4. Análisis del parámetro de control utilizado y evaluación.....	294
V.2. Toca 565/2012 en relación con la inaplicación de la fracción normativa que limita el monto de la indemnización por daño moral.....	297
V.2.1. Información general del caso	297
V.2.2. Planteamiento del caso.....	297
V.2.3. Variables de la investigación.....	298
V.2.4. Análisis del parámetro de control utilizado y evaluación.....	301
V.3. Amparo Directo 32/2012 relativo a la inestabilidad en el empleo de los trabajadores de confianza al servicio del Estado.....	303
V.3.1. Información general del caso.....	303
V.3.2. Planteamiento del caso.....	303
V.3.3. Variables de la investigación.....	305
V.3.4. Análisis del parámetro de control utilizado y evaluación.....	311
V.4. Amparo en revisión administrativo 20/2014 relativo al actuario que no debe ser sancionado, por ser una persona con discapacidad.....	316
V.4.1. Información general del caso.....	316
V.4.2. Planteamiento del caso.....	316
V.4.3. Variables de la investigación.....	318
V.4.4. Análisis del parámetro de control utilizado y evaluación.....	322
V.5. Amparo en revisión 337/2017 respecto a que las expropiaciones deben basarse en el valor comercial y no en el catastral.....	326
V.5.1. Información general del caso.....	326
V.5.2. Planteamiento del caso.....	326
V.5.3. Variables de la investigación.....	327
V.5.4. Análisis del parámetro de control utilizado y evaluación.....	333
V.6. Contradicción de tesis 200/2020 en relación con que el pago de las pensiones del ISSSTE deben realizarse en UMA's.....	334
V.6.1. Información general del caso.....	334
V.6.2. Planteamiento del caso.....	334
V.6.3. Variables de la investigación.....	335
V.6.4. Análisis del parámetro de control utilizado y evaluación.....	343
V.7. Apelación Sala por la que se absuelve de homicidio calificado en razón del parentesco al juzgar con perspectiva de género.....	351
V.7.1. Información general del caso.....	351
V.7.2. Planteamiento del caso.....	351

V.7.3. Variables de la investigación.....	353
V.7.4. Análisis del parámetro de control utilizado y evaluación.....	358
V.8. Amparo Directo 9/2021 por la que se determina que los convenios de divorcio que determinen condiciones que vulneren la dignidad humana, son inconstitucionales.	360
V.8.1. Información general del caso.	360
V.8.2. Planteamiento del caso.....	360
V.8.3. Variables de la investigación.....	361
V.8.4. Análisis del parámetro de control utilizado y evaluación.....	366
CAPÍTULO VI. MODELOS DE APLICACIÓN DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO Y PROPUESTA.....	367
VI.1. Guía para la aplicación del principio de convencionalidad propuesta por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA.	368
VI.2. Manual Práctico para aplicar el Control de Convencionalidad basado en la Metodología Themis.	384
VI.3. Propuesta de Manual de Actuación dirigido a las autoridades mexicanas para realizar control difuso <i>ex officio</i> de los derechos humanos.	397
CONCLUSIONES.....	417
BIBLIOGRAFÍA	427
I. LIBROS	427
II. ENCICLOPEDIAS.....	433
III. ARTÍCULOS DE LIBROS Y REVISTAS.....	433
IV. DICCIONARIOS.....	436
V. JURISPRUDENCIAS Y SENTENCIAS NACIONALES	437
VI. SENTENCIAS INTERAMERICANAS, OPINIONES CONSULTIVAS Y VOTOS.	439
VII. NOTAS PERIODÍSTICAS.....	442
VIII. LEGISLACIÓN NACIONAL.	443
XI. OTROS.	443

INTRODUCCIÓN

Una de las problemáticas que más aquejan a la sociedad mexicana actual, tiene que ver con la manera en cómo se garantiza la paz social y la seguridad de las personas, particularmente, cuando todos los días vemos en los encabezados de los diarios y en las noticias en los medios de comunicación, ejecuciones a plena luz del día, aparentemente de personas involucradas con el crimen organizado, pero donde siempre resultan como víctimas colaterales, personas civiles que estuvieron en el momento y el lugar equivocado.

Aquellas personas que hemos sido víctimas de delitos, confiando en las instancias del Estado, acudimos a presentar nuestra denuncia ante el Ministerio Público, esperando se haga justicia y nos restituyan, en la medida de lo posible, en la afectación que hemos sufrido. Sin embargo, el trato que recibimos sobre todo en las Fiscalías nos hace enfrentarnos a la realidad, pues la revictimización comienza desde las propias autoridades y al final, la mayoría de las veces, no hay consecuencia, no hay responsables y la impunidad sigue rampante.

Por otro lado, quienes nos dedicamos al estudio del derecho, vemos en las aulas y en los foros jurídicos, sendos desarrollos de la teoría jurídica contemporánea, que nos habla del auge en la defensa de los derechos humanos, de las nuevas teorías de interpretación y argumentación jurídica para llenar de contenidos a los derechos, de una evolución jurisprudencial a nivel interamericano y nacional en materia de derechos humanos, que nos deja con una muy rara sensación de que el derecho y el desarrollo dogmático de la teoría jurídica -al menos en México- corren por caminos separados, que no se encuentran y que no tienen nada que ver.

Es verdad que del año dos mil once en que se consolidó la reforma constitucional en materia de derechos humanos, para incorporarlos como parte del texto de nuestra Carta Magna a la fecha, ha habido una importante transformación del sistema jurídico nacional, sobre todo en materia constitucional. Que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha consolidado como Tribunal Constitucional de nuestro país y que los jueces mexicanos, al menos en la teoría, pasaron a ser jueces

interamericanos. Sin embargo, esto no ha servido para abatir los niveles de impunidad, ni tampoco para mejorar el acceso a la justicia.

Con base en la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de la Seguridad Pública (INVIPE), que genera año con año el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Información (INEGI), respecto a la percepción de las autoridades de seguridad pública y justicia, en el año 2011¹, el 69.5% de la población consideraba que la policía ministerial y judicial era corrupta y ocho de cada diez personas percibían como efectivo el trabajo de éstos, mientras que el 66.4% de la población consideraba que los jueces eran corruptos y uno de cada diez estimaban como efectivo el trabajo de los jueces.

Para el año 2022², a once años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, las cifras no son muy diferentes e incluso empeoraron, pues el 59.5% de la población sigue considerando que la policía ministerial y judicial es corrupta y ahora sólo uno de cada diez considera efectivo su trabajo, mientras que 67.3% de los mexicanos consideran que los jueces son corruptos y se mantiene en que uno de cada diez mexicanos considera que su trabajo es efectivo.

Por lo tanto, como estudiosa del derecho, ante la percepción de inseguridad y falta de efectividad por las instancias de justicia, me cuestioné ¿Cómo podemos lograr dar efectivo cumplimiento al mandato del artículo primero Constitucional que impone a todas las autoridades, sin distinción de función, tipo o rango, para que con eficiencia y eficacia promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos dentro de su ámbito de competencia? Desde mi particular punto de vista primero habría que hacer un diagnóstico respecto a cuáles son los mecanismos que existen actualmente en la legislación para tales fines y en dicho proceso me encontré con que existe una facultad de control *ex officio* de los derechos humanos,

¹ Indicadores de la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de la Seguridad Pública (INVIPE) 2011, consultable en: <https://www.inegi.org.mx/app/indicadores/?p=1024&ag=00>.

² Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de la Seguridad Pública (INVIPE) 2022, consultable en: <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2022/>.

que deben ejercer todas las autoridades y que éste es un método de garantía de los derechos que surgió desde la jurisprudencia interamericana.

Luego entonces me cuestioné ¿Si la jurisprudencia interamericana es la que ha venido desarrollando el marco teórico de cómo proteger los derechos humanos a través del control *ex officio* y prescribiendo a los Estados, por vía de sus Sentencias y Opiniones Consultivas, que su contenido les resulta de observancia obligatoria, cómo le hacemos para que todas las autoridades sepan que tienen dicha obligación y por consecuencia, vayan homologando sus criterios, para que todos partan de las mismas premisas?

Es por ello que en este documento propongo crear una metodología homologada a la que utilizan los jueces al hacer control *ex officio* de los derechos humanos, a efecto de que sea empleada por todas las autoridades de este país en el ejercicio de sus funciones y, a partir de la cual, se podrá dar efectivo y real cumplimiento a la obligación constitucional prevista en el artículo primero.

Para tal fin, a todas las autoridades se les debe capacitar para que sepan que esa obligación constitucional a la que nos hemos referido, la deben ejercer *ex officio*, conocer qué es el control constitucional y en qué consiste; el contenido y alcance del parámetro de regularidad constitucional, pero sobre todo, actualizarlos constantemente respecto de la jurisprudencia interamericana y la nacional.

De igual manera, es necesario que la jurisprudencia nacional expedida por el Poder Judicial de la Federación, sea de observancia obligatoria para todas las autoridades que realizan funciones formal y materialmente administrativas, como fuente del derecho constitucional de los derechos humanos, y orientadora para las autoridades formalmente legislativas, sobre todo para el Poder Constituyente, en un respeto a la división de poderes. Toda vez que el concepto del control *ex officio* de los derechos humanos, surgió de la jurisprudencia interamericana que es obligatoria para todas las autoridades de un Estado y su forma de aplicarlo al interior de nuestro país, también se ha ido construyendo por la misma, es necesario utilizar criterios homologados y esperar que partiendo todos de las mismas premisas interpretativas,

se obtengan resoluciones homologadas en pro de las personas y garantizándoles la protección más amplia.

Para esclarecer todas estas afirmaciones que hemos referido en los párrafos anteriores, la metodología que conduce esta investigación se centra en la aplicación de cuatro métodos que, aunque distintos, se encuentran estrechamente vinculados. El primero de ellos es el método deductivo. Con base en él, en este trabajo se expone un primer capítulo conceptual. Este capítulo tiene como objetivo epistemológico, por un lado, explicar con exactitud el significado especializado (doctrinal) de los conceptos que constituyen el punto de partida para el desarrollo de los demás capítulos de la tesis, y, por el otro lado, aplicar tales conceptos, una vez explicitados y definidos, a la construcción y la defensa de las hipótesis fundamentales que se plantean. Y justamente en esto consiste el cariz deductivo de mi estudio: inferir deductivamente (derivar racionalmente) de la semántica de los conceptos primarios, así como de la forma en que son usados tanto en el terreno práctico como en el teórico, no sólo el contenido general de la investigación, sino, particularmente, las conclusiones preliminares y definitivas que se muestran a lo largo de ella. Así, la parte conceptual se transforma en un conjunto de premisas iniciales (desde el punto de vista lingüístico, claro) que sustenta las conclusiones deducidas de él.

El segundo método, es el analítico. Este método está íntimamente relacionado con el anterior, puesto que parte del uso correcto del lenguaje y del examen, la deconstrucción y la crítica de conceptos e ideas. A partir de su aplicación es posible extraer información concreta de fuentes de diversa índole. En el caso de este trabajo, la extracción de datos relevantes proviene de textos académicos y de múltiples criterios jurisprudenciales y sentencias de casos reales sometidos a la jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estas son las fuentes de información que se descomponen, examinando sus elementos constitutivos. Por lo tanto, conforman premisas adicionales o secundarias referidas a aspectos empíricos (realidades). De

esta manera, se parte de conocimientos generales para, a través de su revisión e interpretación críticas, llegar a conocimientos de notoria especificidad.

Los últimos dos métodos empleados en esta investigación son el histórico y el comparativo (en particular, derecho comparado). Estos dos métodos, por sus características definitorias, tienen conexiones cognoscitivas muy estrechas. La comparación de instituciones o figuras jurídicas siempre involucra el estudio de su evolución histórica. Por ejemplo, en este trabajo está presente la comparación de la jurisprudencia internacional (particularmente la emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y la nacional (en especial la sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Por su parte, la revisión de la historia en el campo del derecho permite entender tales instituciones. Esta revisión abarca, incluso, el devenir de los conceptos, es decir, el cambio de sus significados y de su aplicación a lo largo de cierto periodo de tiempo. Como se verá en las líneas siguientes, el uso de estos dos métodos implica necesariamente un análisis contextual, el cual es complementario de, precisamente, la revisión textual (o de textos). Pero, en todo caso, tanto estos métodos como los anteriores propician que una investigación sea lo más completa e integral posible. Y este es, sin duda nuestro propósito.

Ahora bien, partiendo del uso de los métodos explicados, se desarrollan en un primer capítulo los conceptos generales de democracia; derechos humanos y su diferencia con los derechos fundamentales; control de convencionalidad y de constitucionalidad y, la diferencia entre control *ex officio* y suplencia de la queja.

La democracia es una condición *sine qua non* para la defensa y garantía de los derechos humanos. Un Estado democrático debe respetar la dignidad de las personas y su derecho a decidir, al igual que debe prever la división de poderes y competencias, para que las personas sepan que quien hace la ley, no será la misma que los juzgará frente a su aplicación; que la ejecución de la administración pública, no será ejercida por quien legisla y juzga, pero sobre todo, que ante cualquier situación ejercida por la autoridad que afecte sus derechos, podrá defenderlos ante

instancias imparciales que conocen el parámetro de regularidad constitucional de los derechos humanos y que cuenta con las herramientas jurídicas para ser restituido en cualquier afectación que haya sufrido.

La manera en que las autoridades logran promover, proteger, respetar y garantizar dichos derechos, es a través del control *ex officio*, cuyo concepto se obtiene mediante el método deductivo e histórico a partir de las nociones de control de convencionalidad y control de constitucionalidad de los derechos humanos, siendo relevante resaltar que fue el mexicano en funciones de Juez Interamericano, Don Sergio García Ramírez, quien en una sentencia dictada en noviembre de 2003, acuñó por primera vez la noción de control de convencionalidad *ex officio*, para referirse a la imperiosa necesidad de que los jueces internos de cada uno de los países que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fueran los guardianes y garantes de dichos derechos en sede nacional.

Posteriormente, se explica cómo a partir de la noción de control de convencionalidad, que está limitado a contrastar la correspondencia entre el derecho interno de un Estado y el derecho internacional vigente en el mismo; a nivel interno de nuestro país, se fueron desarrollando en la doctrina jurídica conceptos como el de bloque de constitucionalidad y el de parámetro de regularidad constitucional (que es el que se utiliza en nuestro país), para referirse al conjunto de disposiciones normativas de jerarquía constitucional de los derechos humanos, compuesto por la Constitución, los tratados internacionales de los que México es parte, la jurisprudencia interamericana, incluyendo las opiniones consultivas (aunque formalmente no son jurisprudencia) y la jurisprudencia nacional que ha venido dotando de contenido y alcance la forma de interpretar dichas disposiciones.

Partimos de la hipótesis de que el control *ex officio* constituye un mecanismo o método de garantía de los derechos humanos que ejercen actualmente los jueces, de forma oficiosa, porque así lo ha prescrito la misma jurisprudencia interamericana. El problema es que los jueces intervienen a resolver una situación jurídica, hasta que someten el asunto su consideración, porque no hubo antes de ellos otra forma de resolver el caso, ya sea porque se cuestiona si la autoridad previa, normalmente

de corte administrativo, aplicó correctamente o no el parámetro de regularidad constitucional o bien, porque entre particulares desconocen las premisas que rigen el marco jurídico de los derechos humanos.

Lo ideal es que dichas premisas se conozcan por todas las autoridades y por toda la sociedad mexicana en general, para ir dando eficacia a la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos.

Por lo anterior, visto que el control *ex officio* se ha venido aplicando en México, preminentemente por los tribunales, en un segundo capítulo se desarrollan las nociones de la función jurisdiccional, para lo cual se explican los principios que la rigen, algunas teorías seleccionadas sobre la argumentación jurídica que estimamos apropiadas para explicar dicho proceso racional, así como los diversos métodos de interpretación que se utilizan jurisdiccionalmente, para aquellos casos en que la norma no es clara.

Este segundo apartado es muy importante para demostrar la hipótesis, ya que si la pretensión es crear una metodología homologada a la que utilizan los jueces, es necesario entender en qué consiste su función, pero sobre todo, tanto el proceso de subsunción, como el de interpretación y argumentación de sus decisiones. Difícilmente se podrá aprender las técnicas que les permitan al resto de las autoridades realizar el ejercicio interpretativo y argumentativo, aplicando el principio *pro persona* y dotando de la protección más amplia en sus decisiones, sino cuentan con las bases teóricas al respecto.

De igual manera se desarrolla el concepto de jurisprudencia para explicar su función como fuente del derecho, su alcance y obligatoriedad, pero sobre todo la forma en cómo se genera. Es importante destacar que el once de marzo y el siete de junio de dos mil veintiuno, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación los decretos por los que se reformaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación junto con otras leyes propias del Poder Judicial, respectivamente, en las cuales se incorporó, como forma de creación de la jurisprudencia, a los

precedentes, figura novedosa dentro de nuestro sistema jurídico mexicano, que implica que una sola decisión judicial votada por ocho ministros en Pleno, o cuatro en Sala, hará jurisprudencia.

Como hemos dicho, visto que la noción de jurisprudencia es indispensable para entender el alcance y desarrollo del control *ex officio* de los derechos humanos, se explican las otras metodologías existentes en nuestro sistema jurídico, para crear jurisprudencia, a saber, por reiteración, por contradicción o unificación de criterios y por sustitución.

También resulta importante revisar lo relativo a la vigencia de la jurisprudencia y su retroactividad, al menos a nivel de noción, ya que los mismos órganos jurisdiccionales han tenido problemas a la hora de aplicarla, puesto que la jurisprudencia se crea a partir de que es pronunciada y la mayoría de las veces la generación de las tesis y su publicación, suele ser posterior, por lo que es imprescindible entender que la jurisprudencia es vigente hasta que no existe un criterio posterior que la supere y la que se debe aplicar, es la que está vigente al momento de que se emite la decisión, misma que puede variar de una instancia a otra, pero como los tribunales tienen la obligación de aplicarla en el ejercicio de su función, si la misma cambió, entre lo decidido por una primera instancia y la vigente en una instancia posterior, es perfectamente válido.

Es importante destacar que no sólo el Poder Judicial Federal tiene atribuciones para emitir jurisprudencia, sino que existen otros tribunales de corte administrativo que, en el ámbito de sus competencias, también pueden emitir jurisprudencia, pero ésta actualmente sólo es obligatoria para los Tribunales bajo la competencia de cada una de éstas y por consecuencia, no se considerará que podrá ser obligatoria para el resto de las autoridades. Sólo aquella que emita el Poder Judicial Federal en los términos de la Constitución y de la Ley de Amparo.

Posteriormente, en el tercer capítulo y ya entrando en el objeto de estudio de esta investigación, mediante el método histórico y analítico, se explica el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, el cual se compone por la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del cual el Estado Mexicano forma parte y por ello, tanto los tratados internacionales, los protocolos adicionales a los mismos, las opiniones consultivas y la jurisprudencia conforman el *corpus iuris interamericano*, que a su vez, forman parte del parámetro de regularidad constitucional de nuestro país.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos es difícil de comprender para quienes no son abogados o no se han actualizado en materia de derechos humanos, a pesar de que el marco normativo del mismo, forma parte de nuestro derecho positivo, por eso se estimó indispensable dar un contexto general del mismo y explicar, sobre todo, cómo se genera la jurisprudencia interamericana en lo general y cuáles de sus precedentes han servido para dar forma y alcance al concepto de control *ex officio* de los derechos humanos.

Así, a partir de la exposición resumida de veintidós casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuales fueron seleccionados del universo de sentencias que ha emitido dicho órgano jurisdiccional, se fue exponiendo el desarrollo que dicho concepto ha tenido, en qué consiste, a qué autoridades compete aplicarlo, pero sobre todo, qué alcance tiene respecto de sus sentencias y hasta dónde pueden actuar las cortes internas de cada Estado Parte, al aceptar una sentencia en la que resultó su Estado responsable.

Respecto a las autoridades responsables de realizar control *ex officio* cabe decir que, en la medida en que avanzamos en la exposición de los casos que fueron seleccionados sobre dicho tema, se puede observar que la jurisprudencia interamericana fue ampliando el ámbito de aplicación, pues en un primer momento se estimó que sólo los jueces estaban obligados a realizar dicho control, denominándolos incluso jueces interamericanos y posteriormente fueron abarcando dicha obligación a otro tipo de autoridades, a saber, los Ministerios Públicos, las policías, los miembros del ejército, los peritos y así sucesivamente hasta al día de hoy concluir, que todas las autoridades de un Estado, deben proteger y garantizar los derechos humanos y por lo tanto, deben ajustar tanto la legislación interna, como

su actuación a los criterios y precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con base en lo anterior, resulta de vital importancia que la jurisprudencia nacional esté alineada la jurisprudencia interamericana, razón por la cual, en el capítulo cuarto, presentamos una selección de jurisprudencias emitidas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o por alguna de sus Salas, en las que han desarrollado la noción de control *ex officio* de los derechos humanos y cómo es que dicho control se debe aplicar, teniendo una primera aproximación en la tesis denominada “PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, la cual estableció la siguiente metodología:

“a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia;

b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos, y

c) Inaplicar la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles”³.

³ Tesis P. LXIX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo 1, Libro III, diciembre de 2011, p. 552.

Sin embargo, a pesar de haber establecido los parámetros antes citados, su aplicación al parecer se fue complicando, de tal manera que a lo largo de dicho capítulo vamos exponiendo diversas tesis en las que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fue modificando su criterio, yendo desde la interpretación más amplia, dando alto margen de discrecionalidad de interpretación de los tribunales de control difuso, hasta el día de hoy que consideran su margen de interpretación a un ámbito muy limitado, llegando al extremo de señalar que si la parte que hace valer alguna violación a sus derechos humanos, no explica su razón de pedir y no expone cómo es que una norma que le fue aplicada, le provocó tal vulneración, el juzgador no tiene la obligación de realizar el control *ex officio*, y cumple con la obligación impuesta tanto por la Constitución, como con la jurisprudencia interamericana, con la simple mención de que en su apreciación, no se actualizó ninguna violación.

Con base en el método analítico, cronológico y evolutivo, se hacen los debidos comentarios de cada una de las tesis de jurisprudencia que se seleccionaron para demostrar, como es una de nuestras tesis fundamentales de esta investigación, que la jurisprudencia nacional ha resultado restrictiva, respecto del parámetro interamericano.

Posteriormente, mediante el método empírico, en el capítulo quinto, se hace presenten ocho casos prácticos, la mayoría de ellos resueltos por el Pleno o por las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para demostrar que la jurisprudencia nacional se ha alejado del parámetro interamericano, sobre ciertos temas, para lo cual, en cada caso se analizaron cuatro criterios:

1. La información general del caso.
2. El planteamiento del caso, es decir, la problemática planteada al juzgador.
3. Variables de la investigación, en donde se analiza el tipo de argumentos utilizados y el razonamiento aplicado para llegar a la sentencia.
4. El parámetro de control utilizado y evaluación, a partir del sistema interpretativo, para demostrar si en el asunto había necesidad de hacer *control ex officio* porque se actualizaron violaciones a derechos humanos y si en el análisis hecho por el órgano jurisdiccional, aplicó los parámetros de

la jurisprudencia interamericana o nacional vigentes al momento de emitir las sentencias.

En una valoración general de los casos prácticos podemos concluir que falta mucho por avanzar en materia de control *ex officio*, incluso por parte de nuestro máximo tribunal, pues mientras en asuntos entre particulares, hay un importante avance en la protección de los derechos humanos, en los asuntos que se litigan contra el Estado Mexicano y sus autoridades, que suelen tener repercusiones presupuestales, prácticamente el control *ex officio*, no sólo es nulo, sino que las sentencias emitidas ni siquiera se ajustan al estándar interamericano y por consecuencia, al parámetro de regularidad constitucional.

Paradójicamente, en materias como la civil, la familiar y la penal, que son materias del fuero común que ejercen los tribunales locales de las entidades federativas, que dicho sea de paso, cuentan con mucho menos presupuesto que el Poder Judicial de la Federación; en los casos que fueron seleccionados, se demuestra un mayor esfuerzo de protección, interpretación y argumentación, como verdaderos jueces interamericanos, en protección de los derechos humanos de los justiciables.

Finalmente, en el capítulo sexto, mediante el método analítico y sintético, a partir de dos modelos de guía o metodología de cómo aplicar el control *ex officio*; el primero de ellos realizado por el Comité Jurídico de la Organización de los Estados Americanos, el cual aún no ha sido concluido ni está vigente, sino aún se encuentra el proceso de construcción; y el segundo, denominado Manual Práctico de Control de Convencionalidad basado en la Metodología Themis, se presenta una propuesta de metodología dirigido a todas las autoridades mexicanas, para que puedan aplicar el control difuso *ex officio* de protección de los derechos humanos, aplicado a un Manual de Actuación el cual busca ser el medio para dar cabal cumplimiento al artículo primero constitucional.

En este mismo capítulo, se hace una reflexión del alcance que tiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como parte de sus obligaciones de realizar

control *ex officio*, para poder inaplicar el propio texto constitucional, cuando al resolver un caso, se encuentre ante la situación de que una restricción constitucional, vaya en contra del estándar interamericano, situación práctica que ya se presentó en el Estado Mexicano, como parte de la discusión de la prisión preventiva oficiosa.

La conclusión de esta investigación es que ni el Alto Tribunal, ni ningún tribunal tiene la facultad de inaplicar la Constitución, pues la propia Carta Magna prevé el mecanismo a partir del cual, ésta puede ser reformada y si bien, la Corte que es el máximo tribunal de nuestro país, puede interpretarla al grado de aplicar el parámetro de regularidad constitucional y utilizar la norma que resulte más favorable, su alcance no llega al extremo de poder abrogar, por vía de interpretación, a la propia Constitución.

En el Estado Mexicano, es el Poder Constituyente, que fue electo de forma directa por el pueblo, en quien reside la soberanía de forma originaria, el único facultado para reformar la Constitución y, por lo tanto, se propone un mecanismo a través del cual, en este tipo de casos, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación se encuentre ante tal situación, acuda en vía de informe al Poder Constituyente para que sea éste, que es parte del Estado Mexicano y obligado también al derecho internacional, como lo es el Sistema Interamericano, el que tome la definición que estime procedente.

Sin duda estimamos que el tema tratado en esta investigación es un tema de mucha actualidad y que seguirá dando muchos frutos, pues la jurisprudencia es dialéctica, es dinámica del derecho y evoluciona constantemente, sigue aportando dogmática y revolucionando al derecho constitucional. Esperemos que su contenido resulte del interés y utilidad para todo el que la lea.

CAPÍTULO I. CONCEPTOS GENERALES.

I.1. La democracia como condición indispensable de los derechos humanos.

I.1.1. Concepto de democracia.

La democracia es uno de los conceptos más estudiados en las ciencias sociales por su origen, complejidad, extensión y relevancia en la concepción de los Estados constitucionales.⁴

Para efectos de esta investigación, que tiene por objeto el análisis de la evolución de la jurisprudencia en materia de control de convencionalidad y constitucionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, sólo citaremos algunas nociones útiles para demostrar que sin democracia, no es posible promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, como tampoco analizar la manera de alcanzar dicho fin.

Parafraseando a Cass R. Sustein, la protección de algunos derechos se basa en el deseo de proteger la democracia, como sea que se entienda a la misma.⁵ En este sentido, podemos señalar que la democracia logra materializarse en instituciones que se encargan de tutelar los intereses y valores de una sociedad, como son los tribunales; los órganos autónomos de protección de derechos humanos; el órgano que organiza las elecciones libres para la postulación y elección de los representantes populares; los que garantizan el acceso a la información pública que permita medir la eficacia y eficiencia del gobierno; entre otras.

⁴ Parafraseando a Sartori, por definición, todo Estado tiene una Constitución, pero solamente el Estado democrático es constitucional. El constitucionalismo es un concepto moderno, que se acuñó en el siglo XVIII para hablar de un gobierno de las leyes y limitado por las leyes. Después del absolutismo y a medida que se afirmaron los grandes Estados, se buscó una palabra que indicara las técnicas capaces de controlar el ejercicio del Poder y limitara el gobierno. Esa palabra fue Constitución, así que al hablar de Estado constitucional, hablamos de Estado Democrático. *Cfr.* Sartori, Giovanni, *Elementos de Teoría Política*, trad. de Ma. Luz. Morán, Nueva York, Editorial Alianza, 1992, pp. 13, 14 y 21.

⁵ "The protection of some rights is rooted in a desire to protect democracy, however understood." *Cfr.* Sunstein, Cass R., "Constitutions and democracies", en Elster, Jon, *Constitutionalism and democracy*, USA, Cambridge University Press, 1998, p. 328.

Hay que recordar que “la democracia nació sin Constitución. Su identidad como proyecto partía del reconocimiento de un valor, la dignidad de todos los ciudadanos; del abanderamiento de un principio, la autonomía política, y la defensa de una forma de acción concreta, la participación generalizada”.⁶ Como apunta Sartori, después de que la humanidad vivió en sistemas absolutistas, regidos por reyes y monarcas que concentraban el poder y por consecuencia, todas las decisiones, se propiciaron movimientos sociales que datan del siglo XVIII que comenzaron a emitir manifiestos para pugnar por la protección de las libertades, suprimir los abusos, sobre todo de tipo contributivo y la división de poderes, pero todo esto sucedió antes de que se conformara un documento único que estableciera las “reglas del juego” de los Estados modernos, al que finalmente llamaron Constitución. Es así que la democracia es previa a la Constitución y condición para que exista ésta.

Los manifiestos y pactos que se fueron creando para plasmar los compromisos de participación ciudadana y distribución de funciones, fueron el precedente teórico-práctico de lo que ahora llamamos “Constitución”.

La definición más reconocida de la voz democracia, es acorde con su origen etimológico, histórico y social, como “gobierno del pueblo”.⁷ El otro significado más utilizado, es el que ofrece la Real Academia de la Lengua Española (RAE) que la reconoce como la “doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno o predominio del pueblo en el gobierno político de un Estado”.⁸ Sin embargo, para Luigi Ferrajoli, esta acepción de democracia es incompleta ya que no se dejan claros los conceptos de qué se debe entender por gobierno, o quiénes conforman al pueblo, entre otras cosas.⁹

⁶ “Esta es la paradoja de nuestro tiempo: para que la democracia se realice, es necesaria la Constitución, y para que esta se realice plenamente, es necesario un órgano que, actuando con una racionalidad distinta a la política, garantice su observancia”. Cossío Díaz, José Ramón, “Sobre jueces y política”, en Vázquez, Rodolfo, (comp.), *Corte, jueces y política*, México, Editorial Fontamara, 2007, p. 95.

⁷ Gómez de Silva, Guido, *Diccionario Etimológico de la Lengua Española*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 213.

⁸ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Editorial Espasa, España, 2001, p. 744.

⁹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 87.

Norberto Bobbio definió a la democracia con base en tres principios institucionales: “1) un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) de procedimiento para la formación de decisiones colectivas, 2) que establecen quién está autorizado a tomar las decisiones y, 3) mediante qué procedimientos”.¹⁰

Uno de los procedimientos que más aceptación tuvo en el mundo occidental, fue el de elegir a los representantes mediante el voto popular, lo cual no sólo garantiza que cuenten con la legitimación en el ejercicio del poder, sino que le permite a quienes lo eligieron, exigir resultados en la toma de sus decisiones, así como la creación de medios de control, para evitar abusos de autoridad, como sucede con la figura de control *ex officio* que es materia de estudio en esta investigación.

Jorge Carpizo al explicar en qué consiste la democracia, se allana a la definición de Hans Kelsen: “la democracia es la identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo”.¹¹ En sentido inverso, cuando quienes ejercen el poder en un Estado, no son electos por el pueblo, no tienen necesidad de asumir consecuencias frente a ellos y como resultado de ello, pueden adoptar decisiones, aún en contra de la opinión de a quienes gobiernan, llegando a oprimir sus libertades. En un gobierno autoritario, no es relevante establecer mecanismos de control para evitar que las autoridades abusen de su poder, violentando derechos fundamentales o bien, si llegan a existir, no son eficaces.

Algunas definiciones destacan los elementos que debe contener el sistema democrático, a saber:

“la democracia es aquel sistema en el que el pueblo, en ejercicio de su soberanía, participa en la toma de las decisiones públicas, principalmente mediante la elección de sus gobernantes lo que asegura y garantiza el

¹⁰ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 21-24.

¹¹ Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia*, México, UNAM, 2006, p. 97.

respeto a sus derechos fundamentales, un mínimo de seguridad económica y la no concentración del poder en una persona o grupo, además de permitir el pluralismo ideológico”.¹²

Hasta aquí, los conceptos que hemos ofrecido para obtener una noción de lo que es la democracia y los elementos que contiene, nos permiten verificar que, en la medida que un gobierno es democrático, electo y supervisado por el pueblo, podrá contar con instituciones y figuras jurídicas que permitan limitar el poder delegado en sus autoridades, de tal manera que es posible afirmar que la democracia es una condición *sine qua non* para la existencia de principios, reglas y mecanismos de control que permitan proteger los derechos humanos, como el control de convencionalidad y el de constitucionalidad, materia de estudio.

I.1.2. La democracia y la división de poderes.

A partir de la transición que se hizo del Estado absolutista al Estado moderno, se desterró la costumbre de la concentración del poder.¹³ Para empezar ya no sería un poder privado, derivado de la autoridad divina; sino que sería el pueblo el que elegiría y reconocería a las autoridades públicas, además de formar parte de las decisiones en los asuntos públicos. También se desconcentró el poder en una sola persona, y se creó un sistema de distribución de funciones entre varios poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial).¹⁴ Un punto fundamental, también fue abrogar el poder despótico de los gobernantes. Ahora estarían limitados por la norma, como medio de defensa del pueblo contra las arbitrariedades.¹⁵

De esta forma, la Constitución se convirtió en el instrumento para que se colocaran y protegieran los principios, valores y bienes de la sociedad, y por otro

¹² Solorio Almazán, Héctor y Rosas Leal, Víctor Manuel, “Democracia interna de los partidos políticos”, en Memoria del IV Congreso Internacional de Derecho Electoral y IV Congreso Nacional de Tribunales y Salas Estatales Electorales, *Democracia interna y fiscalización de los partidos políticos*, México, TEPJF, 2002, p. 174.

¹³ Anselmino, Valeria, “La división o separación de poderes”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Argentina, Año 13, 2016, No. 46, pp. 188-203.

¹⁴ Solozábal, Juan, “Sobre el principio de la separación de poderes”, *Revista de Estudios Políticos*, España, No. 24, 1981, pp. 215-234.

¹⁵ Caballero, José Antonio, “La transición del absolutismo al Estado moderno”, en López Ayllón, Sergio (ed.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, 2000, pp.19-47.

lado, la determinación de las funciones de las autoridades públicas.¹⁶ El objeto primario de la Constitución es ofrecer seguridad a las personas respecto de sus derechos y libertades, estableciendo claramente las autoridades que ejercerán el poder, cómo se estructuran, sus facultades, pero sobre todo, los mecanismos para controlar ese poder, que no sólo eviten abusos de autoridad, sino que existan medios para restituir a los ciudadanos, en las posibles afectaciones que puedan sufrir por desviaciones en el ejercicio de la función de las autoridades.

La Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea General Constituyente el 26 de agosto de 1789, documento que citamos en primer término por ser el antecedente más antiguo del mundo occidental en el que se haya reconocido los derechos humanos, al prescribir que todos los hombres eran iguales ante la Ley, también previó la importancia de la separación de funciones públicas, los límites a la autoridad por el principio de legalidad, la no concentración de poder en una sola persona, y el desconocimiento de la autoridad si acumulaba o funcionaba con más poder público que otro.

En el *Federalista*¹⁷, se reseña y explica el valor de la Constitución, la democracia como sistema político, el establecimiento de la forma de gobierno, los deberes de los Estados de la Unión, las funciones del Congreso, así como las funciones del poder judicial, a quien considera el poder más débil, por el hecho de que no es electo directamente por el pueblo, lo que le resta legitimidad popular. Sin embargo, prevé con claridad las cualidades de autonomía e independencia que se le deben garantizar, para que el poder judicial sea un auténtico garante de las libertades de los ciudadanos.

Es así que existe una vinculación entre la democracia y la división de poderes, ya que permite crear un sistema de equilibrios y que se pueda frenar el

¹⁶ Bonilla, Daniel, "La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes", *Revista Universitas*, Colombia, No. 131, 2015, pp. 231-276.

¹⁷ Hamilton, Alexander *et. al.*, *El Federalista*, 2ª ed., trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 330-343.

poder con el mismo poder.¹⁸ Esta organización llamada Estado que nace a partir de la democracia, lo que permite que no haya una concentración de poder, para evitar abusos y, sobre todo, que haya legitimidad de las instituciones públicas.¹⁹

Como veremos, aunque en lo abstracto, “todas las autoridades mexicanas, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”²⁰, en lo concreto, es justamente a través del equilibrio entre poderes, como éstos se garantizan.

De esta manera, cuando una autoridad del poder ejecutivo o legislativo transgrede con sus actos los derechos humanos de una persona o de un grupo de personas, es el poder judicial, quien en ejercicio de su función interpretativa, analiza los casos y en algunas ocasiones, corrige la desviación, restituyendo los derechos afectados o bien, establece medidas compensatorias.

Se afirma que esto sucede en algunas ocasiones, porque al revisar los parámetros de la jurisprudencia nacional, como algunos casos concretos que hemos seleccionado, encontramos que no siempre la interpretación judicial está acorde con el objetivo de proteger los derechos, de tal manera que va poniendo muchos requisitos para el ejercicio del control judicial *ex officio*, al grado que deja de ser de oficio o de plano, ignora las peticiones de los justiciables que refieren violaciones a sus derechos humanos, por no cumplir con los muchos requisitos a los que nos hemos referido.

I.2. Los derechos humanos y los derechos fundamentales.

I.2.1. Concepto de derechos humanos.

El contenido de los derechos humanos reside en expectativas de actuación por parte de los entes de autoridad, por lo que las personas deben contar con los medios que garanticen la realidad de tales aspiraciones. Para ello, las garantías de

¹⁸ Cfr. Ackerman, Bruce, “The new separation of powers”, *Harvard Law Review*, Cambridge, Vol. 113, No. 3, 2000.

¹⁹ Cfr. Laski, Harold, *Authority in the modern state*, USA, Kitchener, 2000, pp. 28 y ss.

²⁰ Artículo 1º, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

protección de los derechos humanos son principios, técnicas y medios que permiten lograr la eficacia de estos; en su ausencia, el goce de los derechos que reconoce el orden constitucional no puede materializarse en las personas.

Enrique Pérez Luño expresa que los derechos humanos son: “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.²¹

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas hace mención de que “los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición”²², por lo que estos derechos corresponden a toda persona por el simple hecho de serlo.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) los ha definido de la manera siguiente:

“Los derechos humanos son el conjunto de bienes indispensables que posibilitan la elección y materialización de los planes de vida que se proponen las personas; aquellos que, en esencia, nos permiten vivir con dignidad y desarrollarnos integralmente. Son reconocidos y protegidos por el derecho y todas las personas, por el hecho mismo de existir, contamos con ellos. Su garantía está a cargo del Estado, que es a quien se debe exigir su cumplimiento”.²³

Con base en las definiciones anteriores podemos afirmar que los derechos humanos son aquellos que las personas tienen por el simple hecho de ser personas,

²¹ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 48.

²² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *¿Qué son los derechos humanos?* Consultado el 24 de febrero de 2023 en: <https://hchr.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos/>.

²³ SCJN, *Los Derechos Humanos y la SCJN*. Consultado el 16 de noviembre del 2021 en: <https://www.supremacorte.gob.mx/derechos-humanos/los-derechos-humanos-y-la-SCJN>.

son inherentes a su ser, para permitirle un desarrollo digno y por ello, deberían ser reconocidos en los sistemas normativos de cualquier país, pero su existencia no depende de su reconocimiento, sino de la existencia misma de la persona.

Por ello, la dignidad humana puede considerarse como aquella que “funge como el núcleo del concepto, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad”.²⁴ Así las cosas, y retomando lo establecido por la Primera Sala del Alto Tribunal de nuestro país:

“la dignidad humana no es una simple declaración ética y debería incorporarse a la norma jurídica para establecer un mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada”.²⁵

Acompañando a la dignidad, es indispensable que se goce del libre desarrollo de la personalidad,²⁶ entendida como la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera.²⁷

²⁴ Carmona Cuenca, Encarnación, “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, España, núm. 2, 2006, p. 185.

²⁵ Tesis 1a./J. 37/2016 (10a.), “DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, agosto de 2016, p. 633.

²⁶ Tesis 1a./J. 4/2019 (10a.), “DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. SU DIMENSIÓN INTERNA Y EXTERNA”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, febrero 2019, p. 461.

²⁷ Tesis P. LXVII/209, “DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XXX, Diciembre de 2009, p. 30.

Por lo tanto, los derechos humanos son el conjunto de derechos que tenemos los humanos derivados de nuestra propia existencia, tienen como base fundamental el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, independientemente de que así se reconozca en los regímenes jurídicos existentes, de tal forma que, a manera de ejemplo, la objeción de conciencia existe como un derecho de las personas a poderse excusar de hacer algo o prestar un servicio, con base en sus creencias y convicciones propias, independientemente de que el régimen jurídico mexicano lo prevea como derecho humano o no.

I.2.2. Concepto de derechos fundamentales.

Luigi Ferrajoli aporta una definición teórica formal de derechos fundamentales, sosteniendo que son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o capaces de obrar”²⁸, precisando a su vez que, el derecho subjetivo es “cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica”.²⁹

Humberto Nogueira Alcalá establece que el derecho fundamental se reserva generalmente a los derechos de las personas, reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado en la carta fundamental³⁰; mientras que Rubén Hernández Valle define a los derechos fundamentales como “el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidas”.³¹

Por su parte, Gregorio Peces-Barba considera que los derechos fundamentales son:

“facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política y social, o a

²⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 37.

²⁹ Ídem.

³⁰ Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 58.

³¹ Hernández Valle, Rubén, *La tutela de los derechos fundamentales*, San José Costa Rica, Editorial Juricentro, 1990, p. 13.

cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de mujeres y hombres libres, exigiendo respeto en todos los ámbitos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción”.³²

Con base en lo anterior, podemos afirmar que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos que se encuentran positivizados en el sistema jurídico, siendo su base la norma jurídica, destacando que su fuente es la voluntad de la autoridad competente para crear dichas normas, causando efectos y consecuencias jurídicas.

Especialistas como Robert Alexy³³ y Miguel Carbonell³⁴ consideran, entre otras cuestiones, que quienes utilizan el término “derechos fundamentales” es porque el concepto se creó a partir de la fuente de dichos derechos, es decir, que se encuentran previstos en la norma fundante o fundamental de un sistema jurídico, toda vez que se determinan histórica y culturalmente dependiendo de cada sociedad, más no de manera objetiva; de tal suerte que, en principio, si no están previstos en dicha norma, no podrían ser considerados como tal.

Resulta adecuada tal afirmación porque en efecto, el catálogo de derechos humanos que existe en el siglo XXI, es plenamente distinto aquel que teníamos en el siglo XX e incluso apenas hace veinte años, era impensable que el matrimonio entre personas del mismo sexo fuera un derecho fundamental, o bien, se contemplara el derecho de los menores de edad para pedir la reasignación sexo genérica, obviando el juicio y como un mero trámite administrativo ante el registro civil, como sucede actualmente en la Ciudad de México.

I.2.3. Diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales.

³² Peces Barba, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Latina Universitaria, 1979, p. 27.

³³ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 45-55.

³⁴ Cfr. Carbonell, Miguel, *Derechos fundamentales y democracia*, INE, México, 2013, pp. 113-114.

Con base en las nociones aportadas, diremos que los derechos humanos son la generalidad y los derechos fundamentales son la especie, de tal manera que el concepto de derechos humanos es más amplio, porque abarca todo aquel derecho que se puede reconocer inherente al ser humano por el hecho de serlo, partiendo del respeto a su dignidad y que permiten su libertad y libre desarrollo, mientras la noción de derechos fundamentales es más restringida, puesto que se limita a los derechos reconocidos en un sistema jurídico.

Nuestra Constitución en su artículo primero, párrafo tercero estipula que “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”³⁵, lo cual, en opinión de quien suscribe, incluyó lo que se denomina “cláusula de derechos implícitos”³⁶, de tal manera que cuando la Constitución, en otros apartados, prevé restricciones a los derechos humanos, la ley y la jurisprudencia desarrollan toda una teoría alrededor de ellas, incluso justificando el por qué se limitan derechos o incluso, el por qué no se legislan y reconocen otros, tales como la objeción de conciencia, cae en contradicciones y si bien, no podemos hablar de que son disposiciones “inconstitucionales”, puesto que están previstas en la misma Constitución, si podemos hablar de antinomias constitucionales, cuya solución interpretativa por los jueces, debería considerar la diferencia doctrinal entre las definiciones de derechos humanos y derechos fundamentales.

Por lo demás, valga recordar que los derechos humanos se deben garantizar de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

³⁵ Artículo 1, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁶ Dicha cláusula, que está expresamente contemplada en ciertas constituciones, refuerza la apertura constitucional a los sistemas de Derecho Internacional y consiste en que, el que una Constitución tenga un catálogo de derechos, incluso incorporando a los de fuente internacional, por virtud de reconocer la fuerza obligatoria de los tratados, no implica la negación de otros que surgen de la naturaleza humano y que son inherentes a la persona, a la soberanía popular. *Cfr.* Thompson J. José *et al.*, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015, p. 28.

En este sentido, y retomando algunos criterios desarrollados en la materia por los órganos jurisdiccionales del Estado mexicano, la universalidad implica que, como los derechos humanos son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana³⁷.

Por su parte, la interdependencia e indivisibilidad quieren decir “que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados”³⁸.

Mientras que la progresividad implica que los derechos humanos no se pueden disminuir en su contenido y alcance, ni retroceder, restringir o eliminar, sino por el contrario, se debe ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de los recursos materiales con los que cuenta y se compromete en mejorar cada Estado³⁹.

Para efectos de esta investigación, la noción que utilizaremos será la de derechos humanos por ser más general, pero también porque permite abarcar cualquier periodo histórico, cultural, político o social del análisis y no tener que restringirse a lo legislado o incorporado en el marco jurídico.

³⁷ Cfr. Tesis I.4o.A.9 K (10a.), “PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN.”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIX Tomo 3, abril de 2013, p. 2254.

³⁸ *Idem*.

³⁹ Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 159-164. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3033-la-reforma-constitucional-de-derechos-humanos-un-nuevo-paradigma>.

I.2.4. Tutela y protección.

Uno de los elementos que perfeccionan a las normas, es que sean tuteladas y protegidas, por la vía de la acción del Estado.⁴⁰ Esto significa, que las normas tendrán efectividad, cuando cumplan el objetivo de garantizar a las personas su respeto y aplicación. En el caso de los derechos humanos, la tutela es una consecuencia de su reconocimiento, lo que provoca que la autoridad tenga que cuidar el ejercicio y realización de los mismos.⁴¹

La tutela sirve como guía o amparo de las personas, al solicitar se respeten sus derechos contra las acciones de agentes públicos o privados. La protección es la defensa que coloca un límite a la acción del Estado, para que no se conculquen los mismos, y en su caso, se investigue las violaciones u omisiones, y se sancionen esas conductas.⁴²

Ambas son complementarias, la tutela nos coloca una directriz de actuación, mientras que la protección se realiza en dos sentidos.⁴³ En el primero, como función preventiva para que no se atente contra los derechos, cuyo punto de partida reside en el Poder Legislativo, que al crear las leyes debe procurar que estas sean acordes con los parámetros constitucionales y convencionales de los derechos, y en un segundo instante, para que en caso de que hayan sido conculcadas algunas de estas prerrogativas, sean restituidos y reparados sus derechos y la parte ofensora se someta a un juicio en que se le responsabilice por sus actos.⁴⁴

Respecto de este segundo momento, puede llevarse a cabo a través de las vías administrativas como las que ejerce la Comisión Nacional de los Derechos

⁴⁰ Cfr. Ackerman, Bruce, *We the people. Foundations*, USA, Harvard University Press, 1991, p. 224.

⁴¹ Cfr. Silva Henao, Juan Fernando, "Evolución y origen del concepto de "Estado Social" incorporado en la Constitución Política colombiana de 1991", *Ratio Juris*, vol. 7, núm. 14, enero-junio de 2012, pp. 141-158.

⁴² Cfr. Villar Borda, Luis, "Estado de derecho y Estado social de derecho", *Revista Derecho del Estado*, núm. 20, diciembre de 2007, pp. 73-96.

⁴³ Cfr. Gómez, Yolanda, "Estado Constitucional y protección internacional", en Gómez, Yolanda (coord.), *Presente, pasado y futuro de los derechos humanos*, México, CNDH, 2014, pp. 231-280.

⁴⁴ Cfr. Picard de Orsini, Marie y Useche, Judith, "Una nueva dimensión del Estado de Derecho: El Estado Social de Derecho", *Provincia*, número especial, 2006, pp.189-218.

Humanos y las Comisiones Estatales, así como la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, o bien, mediante las vías jurisdiccionales de ámbito nacional, cuya competencia se encuentra establecida en diferentes ordenamientos jurídicos de cada Estado, e incluso y sólo subsidiariamente, las de ámbito internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), respecto de la cual hablaremos ampliamente.

I.3. El control de convencionalidad y de constitucionalidad.

I.3.1. Aproximaciones conceptuales.

El control de convencionalidad y el de constitucionalidad son dos instituciones jurídicas cuyo objeto es verificar que las normas que se aplican en un sistema jurídico, para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, son acordes con las convenciones internacionales en la materia de las que un Estado sea parte; en el primer caso, o bien, con la Constitución de dicho Estado, en el segundo caso.

La doctrina ha desarrollado toda una teoría para referirse al *corpus iuris* de los derechos humanos, como el conjunto de normas que forman parte del bloque o parámetro de constitucionalidad, en materia de derechos humanos, que estimamos pertinente exponer, para mejor entendimiento del tema.

I.3.1.1. Concepto de bloque de constitucionalidad.

El concepto de bloque de constitucionalidad se utiliza para referirse al *corpus iuris* nacional que prevé derechos fundamentales, sea cual fuere la fuente o jerarquía de la norma que la prevea, siempre que otorgue una protección más amplia y sea más favorable a las personas. Puede ser de origen nacional o internacional, siempre que sea conforme a las disposiciones de nuestra Constitución.

El Doctor César Astudillo precisa que por bloque de constitucionalidad debemos entender:

“la unidad inescindible y permanente de derechos fundamentales de fuente constitucional e internacional, reconocidos por el ordenamiento jurídico mexicano caracterizados por estar elevados al máximo rango normativo y, por consecuencia, compartir el mismo valor constitucional, sin que ninguno de ellos tenga una preminencia formal sobre otros”.⁴⁵

El origen del término bloque de constitucionalidad no es mexicano, sino una adopción del derecho francés *bloc de constitucionalité*⁴⁶ por el cual se designa a todo aquello que, sin estar inscrito en la Constitución, tiene valor constitucional. En consecuencia, “la noción de ‘bloque’ ha servido, por tanto, para identificar al conjunto normativo integrado por principios y reglas, al que debe reconocerse estatus constitucional”.⁴⁷

En ese orden de ideas, el artículo 133 de nuestra Carta Magna dispone lo siguiente:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se

⁴⁵ Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch, 2014, p. 121.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁷ *Ídem*.

arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.⁴⁸

Dicha disposición contiene la cláusula de jerarquía normativa en el sistema jurídico mexicano. Sin embargo, la reforma al artículo primero Constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, vino a complementar su alcance y contenido, sobre todo en materia de derechos humanos, para determinar dentro de sus tres primeros párrafos, lo siguiente:

1. Que en nuestro país todas las personas gozan de los derechos humanos previstos en la Constitución y los tratados internacionales de los que México es parte; así como de las garantías para protegerlos y cuyo ejercicio no se puede restringir ni suspender, solamente en los casos y en las condiciones que la misma Constitución prevé⁴⁹;
2. Que las normas referentes a derechos humanos (todas sin importar jerarquía o fuente) se deben interpretar conforme al texto constitucional y los tratados internacionales en la materia, favoreciendo en todo momento la más amplia protección a las personas⁵⁰; y,
3. Que todas las autoridades están obligadas, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, a “promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”⁵¹. Por lo tanto, el Estado

⁴⁸ Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Para mayor referencia en torno al tema, *cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios constitucionales [online]*, 2011, vol. 9, núm. 2, pp. 531-622. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200 y la sentencia del Expediente Varios 912/2010, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de julio de 2013. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf.

⁴⁹ *Cfr.* Artículo 1, párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁵⁰ *Cfr.* Artículo 1, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁵¹ Artículo 1, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

debe “prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que prescriba la Ley”⁵².

Al respecto, el Doctor César Astudillo señala que “se advierte el cambio de función que en materia de derechos fundamentales se asigna a la Constitución, de inicial fuente única y exclusiva de los derechos fundamentales, a renovada fuente de las fuentes sobre derechos”⁵³, de tal manera que, a diferencia de las concepciones tradicionales de Constitución rígida, pasamos a una noción flexible, en donde la Constitución ya previó la manera de ir adicionando derechos de forma permanente, en la medida en que se creen nuevos tratados internacionales, protocolos adicionales, resoluciones y demás documentos de fuente internacional, que prevean derechos humanos.

En virtud de lo anterior, son las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad, fuente de los derechos fundamentales y norma superior del Estado Mexicano, son la Constitución y los Tratados Internacionales de los que México sea parte, en materia de Derechos Humanos, sin los que sería imposible fijar una lista fija de las normas que conforman el bloque, pues habría que tomar la “fotografía” en el momento en que se haga la consulta, para saber cuántos y cuáles dispositivos internacionales en materia de derechos humanos quedan dentro del concepto de “bloque de constitucionalidad”.

Lo que es un hecho es que las leyes generales, federales y locales, los reglamentos, así como normas de rango inferior, quedan fuera de la noción de bloque de constitucionalidad, pues si bien pueden prever derechos humanos, e incluso regularlos de forma más amplia y favorable a la persona, no se consideran de rango constitucional.

I.3.1.2. Concepto de parámetro de constitucionalidad.

⁵² *Ídem.*

⁵³ Astudillo, César, *op. cit.*, nota 45, p. 79.

El parámetro de constitucionalidad es un término adoptado por la SCJN⁵⁴, que si bien no lo explicó, lo cita en diversas ocasiones para referirse a la “idoneidad de los derechos de fuente constitucional y convencional, para ser asumidos como canon o referente en el control de constitucionalidad”⁵⁵.

En ese tenor, César Astudillo refiere que “el parámetro adquiere un contenido descriptivo que describe el referente normativo a partir del cual se lleva a cabo el control de constitucionalidad y -hay que decirlo- de convencionalidad de las disposiciones jurídicas.”⁵⁶

Esto quiere decir, que al ejercer su función jurisdiccional, los jueces no sólo deben tener en cuenta el bloque de constitucionalidad, como referencia normativa primaria para el análisis de los casos sujetos a su estudio, sino que hay otras disposiciones que constituyen:

“el parámetro de constitucionalidad entendido como la agregación eventual de derechos fundamentales, adscritos al bloque de la constitucionalidad, de criterios jurisprudenciales nacionales e internacionales y de disposiciones jurídicas sustantivas, procesales y orgánicas de carácter subconstitucional que, en conjunto, se erigen como criterio o canon de enjuiciamiento, para la resolución de controversias de carácter constitucional.”⁵⁷

Habrá que precisar que el parámetro de constitucionalidad no sólo se aplica para resolver controversias de carácter constitucional en estricto sentido, es decir, la controversia constitucional, la acción de constitucionalidad y el amparo, sino a toda litis que se sujete al estudio de un órgano que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales, que implique un análisis o una ponderación de derechos humanos,

⁵⁴ Tesis P.LXVIII/2011 (9ª), “PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, Tomo I, diciembre de 2011, p. 551.

⁵⁵ Astudillo, César, “El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Carbonell, Miguel *et al.*, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Vol. 1, Tomo IV, p. 123. Consultable en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/9.pdf>

⁵⁶ Astudillo, César, *op. cit.*, nota 45, p. 37.

⁵⁷ *Ídem.*

por el cual se utilice el parámetro de constitucionalidad, el cual abarca, las normas del bloque de constitucionalidad, pero también la jurisprudencia nacional e internacional, así como todos aquellos principios que favorezcan de mejor manera la protección de los derechos humanos.

De esta manera, el concepto de *parámetro de constitucionalidad* tiene una vocación práctica procesal, más que teórica y es utilizada como canon de referencia para la solución de casos concretos.

I.3.1.3. Concepto de control de convencionalidad.

Este concepto ha sido desarrollado por la doctrina interamericana, a partir de la acuñación que hizo la jurisprudencia interamericana, quien lo ha denominado “control difuso de convencionalidad”, para referirse al “examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que interpreta de manera última y definitiva el Pacto de San José.”⁵⁸

En este sentido el control de convencionalidad es “...aquel que determina la aplicación, al interior de los Estados, del *corpus iuris* americano de los derechos humanos, integrado por las convenciones e instrumentos internacionales que los han consagrado.”⁵⁹

Sin mayor referencia por ahora, ya que se parte de la metodología para abordar el objeto de estudio de esta investigación, -haciendo uso del método inductivo-, es importante presentar un desarrollo más detallado de la evolución jurisprudencial a partir de la cual se ha concebido el concepto de control de convencionalidad *ex officio*, que se explicará en el capítulo III.

⁵⁸ Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *op. cit.*, nota 39, p. 340.

⁵⁹ Correa Palacio, Ruth Stella, *Guía para la aplicación del Principio de Convencionalidad*, 92º Período Ordinario de Sesiones del Comité Jurídico Interamericano (CJI), Organización de Estados Americanos, Ciudad de México, 26 de febrero al 2 de marzo de 2018.

Baste decir por ahora, que el control de convencionalidad es una institución jurídica que sirve como método, instrumento o herramienta, para que las autoridades puedan verificar la compatibilidad de las normas que aplicarán a un caso concreto, con base en las disposiciones de las convenciones internacionales de las que el Estado del que formen parte, hayan aprobado, incluyendo a la jurisprudencia emitida por los tribunales internacionales a cuya competencia se haya sometido, con el objetivo de proteger, respetar, promover y garantizar la protección a los derechos humanos.

Dicho control puede hacerse por las autoridades de forma difusa o concentrada, lo cual se explicará a detalle en el apartado que se refiere a los tipos de control.

I.3.1.4. Concepto de control de regularidad constitucional.

El control de regularidad constitucional es un mecanismo de control jurídico que tiene por objeto verificar que todas las normas que forman parte de un sistema constitucional de derechos estarán ajustadas al parámetro de constitucionalidad y pueden llevarse a cabo a través de diversos procedimientos.

Según nos explica el Doctor Sánchez Gil, el control de regularidad constitucional “concebido lato sensu, estriba en aquellos medios jurídicos que previenen, reparan, nulifican o sancionan, la violación de las disposiciones constitucionales”.⁶⁰ En este sentido, todo medio o procedimiento previsto en la propia Constitución para garantizar la prevalencia de sus propias disposiciones conforman parte del control de regularidad constitucional, independientemente del órgano que lo aplique.

Con base en lo anterior, podemos citar como ejemplos de control de regularidad constitucional, el procedimiento de aprobación de los tratados internacionales que lleva a cabo el Senado de la República, por virtud del artículo 76, fracción I de nuestra carta fundamental, en el cual, para determinar la incorporación de una norma internacional al sistema mexicano, deben revisar que sus disposiciones se ajustan a nuestro régimen constitucional, ya que de lo contrario, pueden hacer reservas o notas aclaratorias a las disposiciones de un tratado y establecer si todo el tratado queda aprobado en sus términos o con algunas salvedades.

Otro ejemplo lo constituye la facultad que tiene el Presidente de la República para hacer observaciones a las leyes y decretos que aprueba el Congreso de la Unión, en términos del artículo 72 constitucional.

⁶⁰ Sánchez Gil, Rubén A., “El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J.38/2002”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, núm. 11, julio-diciembre 2004, consultada en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5713/7486>.

En cambio, el control de regularidad constitucional en *stricto sensu* comprende:

“únicamente a los instrumentos jurídicos que tienen por objeto mantener el respeto a las disposiciones constitucionales, a través de la nulidad de los actos contrarios a la ley fundamental [...] tienen carácter a posteriori, y persiguen la reparación del orden constitucional violado, no sólo establecer una posible responsabilidad y la imposición de alguna sanción, finalidad a la que contingente e indirectamente podrían servir.”⁶¹

Forman parte de los mecanismos de control de regularidad constitucional en sentido estricto, la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el juicio de amparo.

I.3.2. Diferencia entre control de convencionalidad y control de regularidad constitucional.

La jurisprudencia mexicana ha sido muy enfática en establecer que no existe una diferencia entre ambos controles, partiendo del hecho de que, al ser la Constitución la norma habilitante para que los tratados internacionales puedan formar parte del marco jurídico de nuestro país, e incluso, la jurisprudencia internacional, ya que se emite por órganos reconocidos en dichos tratados; al hacer control de regularidad constitucional, se hace control de convencionalidad y por consecuencia, el término correcto para referirnos al control materia de esta investigación, debe ser “control de regularidad constitucional”, que abarca al control de convencionalidad.

En este sentido, el control de regularidad constitucional es el género y el control de convencionalidad, la especie.

Sin embargo, no se comparte dicha visión y se estima que sí vale la pena mantenerlos como conceptos diferenciados, no sólo desde la perspectiva académica o docente del derecho, sino incluso en la fase práctica, pues como se

⁶¹ *Ídem.*

verá en los capítulos quinto y sexto de esta investigación, en el análisis de casos concretos que actualmente se encuentran sustanciándose ante la Corte IDH, la SCJN se ha encontrado con el reto de tener que hacer tal diferencia, para poder pronunciarse.

Con base en lo anterior, mientras el control de convencionalidad es el que habitualmente realizan los órganos jurisdiccionales internacionales al analizar los casos concretos, revisando la legislación interna y contrastándola con los tratados internacionales y jurisprudencia internacional; el control de regularidad constitucional es el que habitualmente realizan los órganos internos de un Estado que ejercen facultades materialmente jurisdiccionales, aunque éstos últimos también pueden hacer control de convencionalidad.

La diferencia entre ambos tipos de controles tendrá que ver con el tipo de normas que se aplicarán para hacer el control, ya que, si se utilizan las de fuente internacional de manera directa, sin duda se trata de un control de convencionalidad, mientras que, si se utilizan las del parámetro de constitucionalidad, haciendo una interpretación conforme, estaremos frente al control de regularidad constitucional.

I.3.3. Tipos de control.

Siguiendo al Doctor Sánchez Gil⁶², los sistemas de control se pueden clasificar desde tres puntos de vista:

1. Conforme a la naturaleza del órgano encargado del control constitucional, de tal manera que puede ser político o jurisdiccional;
2. De acuerdo con la orientación de la interpretación constitucional que requieren, diferenciando entre control abstracto y concreto; y,

⁶² *Ídem.*

3. Con base en el número de órganos que lo ejercen, de tal manera que puede ser concentrado o difuso.

Agregaríamos una clasificación más:

4. De acuerdo con la forma en cómo el órgano jurisdiccional decide ejercer dicho control, teniendo que distinguir entre control a petición de parte o control *ex officio* (de oficio), que es el objeto de análisis de esta investigación.

De esta manera, procedemos a explicar cada uno de ellos.

I.3.3.1. Conforme a la naturaleza del órgano que lo realiza.

Tomando como referencia nuevamente al maestro Sánchez Gil⁶³, de acuerdo con la naturaleza del órgano que ejerce el control, éste puede ser político o jurisdiccional.

En relación con este tema, el Doctor Sergio Márquez Rábago nos señala que:

“En el mundo se siguen dos sistemas básicamente para lograr el control constitucional, se plantea la duda de constitucionalidad, a un Consejo Constitucional, órgano *ad hoc*, creado para tal propósito y por su particularidad se integra con miembros de la clase política, sin requerir que el proceso de decisión sea un verdadero juicio y que queda en la clase política decidir si una ley es o no contraria a la constitución.”⁶⁴

En este sentido, el control constitucional político es aquel propio a los poderes de extracción popular, en el caso de México, se eligen así al Congreso de la Unión y al Poder Ejecutivo, cuyas características son:

⁶³ *Ídem*.

⁶⁴ Márquez Rábago, Sergio, “Evolución del Control Constitucional en México. El derecho procesal constitucional y el papel de la Suprema Corte como legislador positivo” en, Soto Flores, Armando (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Grandes Temas Constitucionales, 2016, p. 70. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5910/15.pdf>.

a) La tutela del orden constitucional se encomienda a alguno de los tres poderes políticos, o a dos de ellos, como el caso de México, a través de figuras como el juicio político o el veto.

b) La denuncia de inconstitucionalidad compete a un órgano estatal o a los ciudadanos, sin tantas formalidades.

c) El órgano de control político puede o no aplicar un procedimiento de tipo contencioso para analizar la constitucionalidad. Por ejemplo, en el juicio político o en la declaración de procedencia, sin duda, se desarrolla en forma de juicio, pero en un procedimiento de autorización como por ejemplo, para la salida de las fuerzas armadas del territorio nacional, en el que sólo se emite un dictamen que fundamenta y motiva la autorización.

d) Las decisiones derivadas del control político tienen efectos generales o *erga omnes*, como por ejemplo, cuando el Senado hace reservas a los tratados que debe ratificar, sus determinaciones tienen efectos generales y esa porción del tratado reservado, no tendrá vigencia en el sistema positivo mexicano o bien, las observaciones que hace el Presidente a los decretos que le remita el Congreso, no pueden entrar en vigor, hasta que sean atendidas por el Congreso, a menos que dicho poder las estime improcedentes, caso en el cual, el Presidente del Congreso, puede ordenar la publicación de forma directa.

Por su parte, el control de regularidad constitucional de tipo jurisdiccional tiene como características, las que se enuncian a continuación:

a) Se encomienda a un órgano judicial con competencia expresa para determinar la constitucionalidad de diversos actos, como sucede con las figuras de acción de constitucionalidad, controversia constitucional y amparo.

b) La denuncia de la inconstitucionalidad compete a órganos estatales, federales o locales, y sólo en el amparo a los ciudadanos, bajo ciertas formalidades.

c) En análisis de la inconstitucionalidad que hace el órgano jurisdiccional se lleva a cabo bajo procedimiento contencioso cuya litis versa sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto impugnado.

d) La resolución puede tener efectos *erga omnes*, tratándose de las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, o bien, efectos relativos a las partes, en los casos de amparo.

I.3.3.2. De acuerdo con la orientación de la interpretación que requieren.

Con base en la orientación de la interpretación que requieren, el control puede ser abstracto o concreto.

Por tanto, se puede considerar que “el control abstracto de la constitucionalidad, obviamente sólo aplicable a normas generales ordinarias, estriba en la mera comparación entre éstas y los preceptos de la Constitución, con el fin de determinar si contravienen, o no, las disposiciones contenidas en la norma suprema”.⁶⁵

Con base en lo que ya hemos expuesto hasta ahora, el control abstracto implica contrastar la norma con el parámetro de constitucionalidad y no sólo contra la Constitución, pues por virtud de la reforma del 10 de junio de 2001, que incorporó a los derechos humanos previstos en los tratados internacionales de los que México sea parte, el *corpus iuris* de los derechos humanos, deberá revisarse con relación al parámetro.

Cuando se pretende hacer un control abstracto de cualquier norma general, no existen consideraciones específicas ni un caso a partir del cual se aplica el control de regularidad, sino que únicamente se analiza la disposición normativa en lo general.

⁶⁵ *Ídem.*

En cambio, el control concreto implica la existencia de un caso específico de aplicación de una norma general, que afecta a determinados sujetos con diversas particularidades que lo singularizan, y otorgan una perspectiva especial a la forma de aplicar las normas jurídicas.

Para aplicar el control de regularidad constitucional concreto, ha sido tradicional el uso de la “ponderación que sólo implica la comparación de dos derechos frente a una situación concreta y en ésta determinar cuál de dichos derechos tiene mayor peso”⁶⁶, de acuerdo con las disposiciones del parámetro de constitucionalidad.

El ejercicio de control concreto es mucho más complejo de lo que parece y hay muchos ejemplos para poder dimensionar lo difícil que puede resultar hacerlo, como las que se abordarán en el capítulo quinto de esta investigación. De hecho, hay sendas teorías que se han desarrollado en la teoría jurídica contemporánea para determinar cómo es que el juzgador debe realizar la función de interpretación y argumentación para justificar la decisión judicial y justo ese es el planteamiento base de esta investigación, pues cuando realiza control *ex officio*, es necesario que lo haga mediante una metodología lo más objetiva posible, con parámetros bien definidos para evitar que se pueda arribar a conclusiones injustas, aunque válidas desde la perspectiva jurídica.

En el capítulo quinto y sexto nos ocuparemos a profundidad de esta afirmación, mediante el análisis de casos prácticos y la propuesta de metodología a la que nos hemos referido.

⁶⁶ Cfr. Sánchez Gil, Rubén, “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 21, julio-diciembre de 2009, p. 479. Disponible en: <https://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n21/n21a16.pdf>.

I.3.3.3. Con base en el número de órganos que lo ejercen.

De acuerdo con el número de órganos que lo ejercen, el control puede ser concentrado o difuso.

El control concentrado, siguiendo al Doctor Sánchez Gil, que a su vez parafrasea a Hans Kelsen, se “distingue por el hecho de que un solo órgano es el competente para examinar una ley o acto, y determinar su conformidad con lo estipulado en la ley fundamental, al cual puede otorgarse la denominación de "tribunal constitucional", "corte constitucional" u otra similar”⁶⁷. Es únicamente este órgano quien tiene facultades para analizar y determinar que una ley específica o acto contraviene lo dispuesto en la Constitución y privarlo de todo efecto jurídico.

Cabe decir que el control concentrado a nivel nacional lo ejerce un órgano superior interno, así como las Cortes Internacionales, como la Corte IDH ejerce ese control concentrado, respecto de los asuntos que son sometidos a su competencia.

El control de convencionalidad [...] de carácter ‘concentrada’ por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional, [...] obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana. Es en realidad un control ‘concentrado’ de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de ‘garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados’ y ‘reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada’[...] teniendo dicho fallo carácter ‘definitivo e inapelable’[...] El control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana: realizar un control de compatibilidad entre el acto de

⁶⁷ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 60, párr. 22.

violación (en sentido lato) y el Pacto de San José (y sus protocolos adicionales).⁶⁸

De igual manera, don Sergio García Ramírez, en un importante voto razonado, delineó la función de control concentrado que ejerce la Corte IDH:

La Corte Interamericana [...] tiene a su cargo el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana [...] en la lógica del sistema tutelar de los derechos humanos, trasladada a las normas convencionales, reside la necesidad de apreciar la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de hechos determinados, desde la perspectiva de los derechos humanos.⁶⁹

Conforme a lo antes expresado, la característica principal del control concentrado consiste en que sea ejercido por un único órgano jurisdiccional facultado para realizarlo. En México, si bien al recibir la sentencia del caso *Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*, mediante el Expediente Varios 912/2010 se asumió el cambio de paradigma, del control concentrado de constitucionalidad que ejercían la SCJN y los Tribunales Colegiados, al control difuso; lo cierto es que, a través de la jurisprudencia nacional, han ido limitando el margen de maniobra del resto de los jueces y demás autoridades, para regresar el control concentrado.

El control difuso, a diferencia del control concentrado, es aquel que es ejercido por varios órganos a quienes se les ha encomendado cuidar la eficacia y validez de la norma superior, que para el caso mexicano lo constituyen las normas del parámetro de constitucionalidad.

El Doctor Sánchez Gil precisa que el control difuso puede serlo solo entre los jueces de diferentes niveles e incluso, extenderse a las autoridades administrativas.

⁶⁸ Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 58, p. 368.

⁶⁹ Corte IDH, *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 155, consultado en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_155_esp.pdf.

“a) Otorgando exclusivamente a los órganos jurisdiccionales la facultad de estudiar la constitucionalidad de una ley o acto, y b) Otorgando además dicha facultad a las autoridades administrativas, en relación con su propia actuación y la de sus subalternos a través de los medios de impugnación ordinarios”.⁷⁰

Con base en lo dispuesto en los artículos 1º y 133 Constitucionales, México cuenta con un sistema de control de regularidad de constitucionalidad difuso en materia de derechos humanos, al obligar a todas las autoridades, sin distinguir naturaleza jurídica ni competencia, a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; sin embargo, vía jurisprudencia nacional se han ido acotando los efectos que puede tener el control que hagan las autoridades, dependiendo del tipo de autoridad de que se trate, pues como veremos en el capítulo cuarto de esta investigación, las autoridades administrativas pueden hacer control difuso, pero sólo mediante el uso de la interpretación conforme, sin que puedan inaplicar una disposición que se tilde de inconvencional o inconstitucional y hasta que el caso llegue ante una autoridad jurisdiccional, se podrá decidir sobre la inaplicabilidad de la misma.

Las autoridades jurisdiccionales que están fuera del Poder Judicial también pueden hacer control difuso, pero con el único efecto de inaplicar una norma, mientras que la expulsión de normas inconstitucionales del sistema normativo, queda reservado a las autoridades judiciales de control concentrado, es decir, la SCJN y los Tribunales Colegiados de Circuito.

Es así que, el efecto del control concentrado también tiene límites, pues en los casos en que la SCJN tiene que pronunciarse respecto a la posible inaplicación de una disposición constitucional, porque se sospeche que es contraria a los instrumentos o la jurisprudencia internacionales, en opinión de quien suscribe, la SCJN no puede ir más allá del propio marco constitucional.

⁷⁰ Sánchez Gil, Rubén A., *op. cit.*, nota 60, párr. 23.

I.3.3.4. Con base en la forma en cómo se decide realizar dicho control

Con base en la forma en cómo se decide por la autoridad competente, realizar el control, puede ser *ex officio* o a petición de parte.

El control *ex officio* como su nombre lo indica, es de oficio, es decir, que lo realiza el órgano que realiza el control *motu proprio* y para ello no requiere ningún tipo de petición o llamamiento, pues baste que de su propio análisis identifique una posible violación a derechos humanos, para que determine iniciar una verificación de compatibilidad entre las normas aplicadas al acto sometido a su análisis y las del parámetro de constitucionalidad.

En tales circunstancias, si es de oficio, resulta absurdo establecer requisitos mínimos para su procedencia, pues ortodoxamente, los operadores del derecho se ciñen a éstos, pero sobre todo, los jueces, son personas expertas, peritas en derecho, de tal forma que sin necesidad de que alguna de las partes le exponga una posible situación de vulnerabilidad de sus derechos humanos, el juez puede detectarlos por sí mismo.

En cambio, el control a petición de parte es el que normativamente está previsto que puede llevarse a cabo, si media solicitud expresa, cumpliendo las formalidades que se hayan establecido para tales fines, de tal manera que, si no se cumplen dichos requisitos o formalidades, el órgano que ejerce el control está impedido para llevarlo a cabo.

En este orden de ideas, los procedimientos constitucionales de control como la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y el amparo, son un claro ejemplo de control a petición de parte, pues ni la SCJN, ni los Tribunales Colegiados y Jueces de Distrito, pueden iniciar una valoración para verificación de constitucionalidad, sino es mediante los mecanismos previstos en la Constitución y en las Leyes Reglamentarias que regulan dichos procedimientos.

Ahora bien, si dentro de la sustanciación de alguno de ellos, como el amparo, se detectan violaciones a los derechos humanos de alguna de las partes, una vez

que se haya iniciado tal recurso extraordinario, cumpliendo los requisitos para su procedencia, pueden hacer dicho análisis *ex officio*, sin que medie la solicitud correspondiente.

Es así que el control de convencionalidad previsto en el sistema interamericano, comparte esta cualidad *ex officio*, desde su concepción, pues al crear tal figura jurídica partieron de la premisa de que los jueces que estén facultados para realizar este control, en aras de proteger los derechos humanos, deben realizarlo de forma automática y sin necesidad de que la parte afectada o víctima lo pida, pues como hemos dicho, los jueces son los peritos en materia jurídica y no necesitan ningún tipo de requerimiento o solicitud para cumplir con su responsabilidad de velar por la protección de los derechos humanos.

De esta manera, la evolución de la jurisprudencia interamericana y de la mexicana, no han ido a la par, por cuanto hace al alcance del control *ex officio*, ni tampoco vemos una compatibilidad total entre ellas. Si bien se ha reconocido en los expedientes varios 912/2010 y en la contradicción de tesis 293/2011 que la jurisprudencia interamericana es aplicable a los jueces mexicanos, por vía de la jurisprudencia nacional, se han ido estableciendo a lo largo de diez años de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, una serie de candados y requisitos, a veces favorables y a veces no, para imponer requisitos que obliguen a los jueces a realizar control *ex officio*, sin una metodología bien definida.

La jurisprudencia sólo se ha limitado a delinear algunos criterios respecto a la interpretación conforme; interpretación *pro persona*, y ponderación, pero no existe una guía o manual que especifique un procedimiento de cómo se realiza el control *ex officio*.

I.4. Diferencia entre el control de convencionalidad *ex officio* y la suplencia de la queja

I.4.1. Concepto de la suplencia de la queja deficiente

El Doctor Lázaro Tenorio Godínez define a la suplencia de la queja deficiente como:

“la obligación que tienen los Tribunales Federales que conocen del juicio de amparo, para suplir las omisiones e imperfecciones de los conceptos de violación de la demanda, en favor de los quejosos, y por excepción de terceros, así como las de los agravios formulados en los recursos interpuestos, sin cambiar los hechos formulados en la demanda, y con estricto cumplimiento a los requisitos y limitaciones que establecen la Constitución Federal, la Ley y la Jurisprudencia, situando así en un plano de igualdad procesal a los desiguales atendiendo especialmente a su nivel social, cultural o económico”.⁷¹

Con base en dicha definición, la suplencia de la queja deficiente tiene las siguientes características:

1. Es obligatoria su aplicación.
2. Sólo los Tribunales Federales pueden aplicarla dentro del juicio de amparo.
3. Su naturaleza jurídica es de “una institución de derecho procesal”⁷² que según define el jurista José Ovalle Favela, implica la “aplicación del *principio iura novit curia*, de acuerdo con el cual, el juez es quien conoce el derecho y a quien compete decidir en cada caso, cuál es el derecho aplicable”⁷³.
4. Tiene un carácter proteccionista y antiformalista, ya que en su génesis, “la institución de la suplencia de la queja, fue creada para favorecer a las clases económicamente débiles como obreros, campesinos, ejidatarios, comuneros, menores de edad e incapaces”⁷⁴, de tal manera que lo que busca es el equilibrio o equidad de las partes en el proceso, dejando a un lado las formalidades o tecnicismos.

⁷¹ Tenorio Godínez, Lázaro, *La Suplencia en el Derecho Procesal Familiar. Fuero común-fuero federal*, México, Porrúa, 2015, p. 291.

⁷² *Ibidem*, p. 20

⁷³ Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, México, Editorial Harla, 1991, p. 340.

⁷⁴ Tenorio Godínez, Lázaro, *op. cit.*, nota 71, p. 279.

5. Tiene como presupuesto el “suplir los errores contenidos en la demanda de garantías”⁷⁵ que pueden ser por omisión o por imperfección de los conceptos de violación o agravios, aunque en materia agraria se amplía a suplir las “exposiciones, comparecencias y alegatos, así como en los recursos que los mismos interpongan con motivo de dichos juicios”⁷⁶.
6. Opera de oficio y se deduce de los hechos narrados por el quejoso, aún y cuando no se hayan mencionado como agravios o conceptos de violación en la demanda. Al respecto el Maestro Ignacio Burgoa señalaba que “la suplencia de una queja deficiente importa para el juzgador de amparo, la potestad de perfeccionar, aclarar o completar los conceptos de violación expuestos por el quejoso, o de formular consideraciones oficiosas de inconstitucionalidad de los actos reclamados que no se contengan en la demanda de garantías”.⁷⁷

Como veremos, con las últimas reformas realizadas a la Ley de Amparo y publicadas el siete de junio de dos mil veintiuno, se incorporaron nuevos elementos, de tal manera que la suplencia de la deficiencia de la queja, ya no sólo se hace respecto de los conceptos de violación o agravios, en algunas materias como la agraria, sino que se extiende a las exposiciones, los argumentos hechos en comparecencia y hasta los recursos que presenten, respecto de la sentencia del juicio de amparo.

I.4.2. Alcances de la suplencia de la queja deficiente.

Esta figura está regulada en el artículo 79 de la Ley de Amparo, determina que las autoridades que conozcan del juicio de amparo (sea directo o indirecto) deberán

⁷⁵ *Ibidem*, p. 281.

⁷⁶ Artículo 79, fracción IV, último párrafo de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>.

⁷⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1994, p. 229.

suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios, incluso ante la ausencia de éstos, en los siguientes casos:

- a. En cualquier materia, cuando el acto reclamado se constituya en normas generales declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia del Alto Tribunal del país, respecto de todos los órganos jurisdiccionales, o bien, por los Plenos Regionales, caso en el cual, sólo obligará a los tribunales de su región⁷⁸;
- b. “En favor de los menores e incapaces o cuando se afecte el orden y desarrollo de la familia”⁷⁹;
- c. En materia penal, respecto del inculpado o sentenciado, o bien del ofendido o la víctima cuando revista el carácter de parte quejosa o adherente⁸⁰;
- d. En materia agraria, cuando el acto reclamado tenga o pueda tener por efecto privar total o parcialmente, en forma temporal o definitiva, de la propiedad, posesión o disfrute de las sus derechos agrarios a los núcleos de población ejidal o comunal, o bien, “en favor de los ejidatarios y comuneros en particular, cuando el acto reclamado afecte sus bienes o derechos agrarios”⁸¹.

Para ambos casos, debe suplirse la deficiencia de la queja y de la “exposiciones, comparecencias y alegatos, así como en los recursos que los mismos interpongan con motivo de dichos juicios”⁸².

⁷⁸ Cfr. Artículo 79, fracción I de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁷⁹ Artículo 79, fracción II de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸⁰ Cfr. Artículo 79, fracción III de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸¹ Artículo 79, fracción VI de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸² *Ídem*.

- e. En materia laboral, se aplica “en favor del trabajador, con independencia de que la relación entre empleador y empleado esté regulada por el derecho laboral o administrativo”⁸³.
- f. En cualquier materia, “en favor de quienes, por sus condiciones de pobreza o marginación se encuentren en clara desventaja social para su defensa en juicio”⁸⁴.

Para que la suplencia de la queja aplique a otras materias distintas a las citadas con anterioridad, se deberá advertir que “ha habido contra el quejoso o del particular recurrente una violación evidente de la ley que lo haya dejado sin defensa por afectar sus derechos”⁸⁵; sin embargo, sólo será aplicable en lo que se refiere a “la controversia en el amparo, sin poder afectar situaciones procesales resueltas en el procedimiento en el que se dictó la resolución reclamada”⁸⁶.

I.4.3. Diferencia entre control *ex officio* y suplencia de la queja deficiente.

Hay claras diferencias entre el control *ex officio* y la suplencia de la queja deficiente, como son:

1. El control *ex officio* puede ser aplicado por cualquier autoridad, mientras que la suplencia de la queja está reservada a los Tribunales competentes para conocer del juicio de amparo;
2. El objeto del control *ex officio* consiste en verificar que los actos de autoridad se ajustan al parámetro de constitucionalidad e incluso, a la convencionalidad

⁸³ Artículo 79, fracción V de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸⁴ Artículo 79, fracción VII de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸⁵ Artículo 79, fracción VI de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸⁶ *Ídem*.

en materia de derechos humanos, en tanto que la suplencia de la queja deficiente busca mantener la equidad procesal de las partes, cuando detecte que existió algún error en los conceptos de violación del quejoso y los agravios, incluso ante la ausencia de éstos y en materia agraria, tiene el alcance de suplir incluso, sus manifestaciones, comparecencias, alegatos y hasta los recursos que presente.

3. El control *ex officio* opera en cualquier ámbito que busque proteger, respetar, promover y garantizar los derechos humanos, mientras que la suplencia de la queja deficiente sólo opera en el ámbito del juicio de amparo.
4. El control *ex officio* aplica a cualquier materia siempre que se verifique que hubo una violación a derechos humanos, en tanto que la suplencia de la queja deficiente está limitada a ciertas materias o ciertos presupuestos.

Como veremos en los capítulos subsecuentes, la jurisprudencia mexicana había venido delimitando los alcances del *control ex officio*, incluso mayores a los previstos para la suplencia de la queja deficiente, buscando señalar un marco de acción para evitar que los tribunales, de manera automática e irreflexiva, hicieran valoraciones que pudieran afectar la seguridad jurídica.

La producción jurisprudencial en materia de control *ex officio* sigue en evolución constante y va modificando los alcances del mismo, como lo veremos con la reciente contradicción de tesis 315/2014, resuelta apenas el 28 de septiembre de 2021, que da absoluta libertad en su aplicación, pero solo a la SCJN y a los Tribunales Colegiados, obviando figuras jurídicas tan trascendentales como la preclusión y la cosa juzgada, partiendo de la premisa de que la seguridad jurídica no es un valor absoluto y que bien puede superarse, en aras de proteger los derechos humanos.

CAPÍTULO II. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL, INTERPRETACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA.

II.1. La función jurisdiccional.

Se entiende por función jurisdiccional aquella que se ejerce por los órganos competentes para resolver los conflictos que se presenten en una sociedad, como impartidores de justicia.

En un Estado constitucional, que prevé división de poderes, esta función se encomienda al Poder Judicial, aunque pueden existir otros órganos que no formen parte del Poder Judicial pero que realicen funciones jurisdiccionales, como sucede en México con el Tribunal Superior Agrario, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje y el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

En este capítulo revisaremos en qué consiste la función jurisdiccional (o jurisdicción), cuáles son sus principios, para garantizar su imparcialidad, autonomía e independencia, esbozos generales sobre su función interpretativa y cómo se forma la jurisprudencia interamericana y nacional.

“Para evitar una discrecionalidad arbitraria de parte de los tribunales es indispensable que estén sometidos a reglas y precedentes estrictos que sirvan para definir y señalar sus obligaciones, en todos los casos que se les presenten; y se comprende fácilmente que, debido a la variedad de controversias que surgen de los extravíos y de la maldad humana, la compilación de dichos precedentes crecerá inevitablemente hasta alcanzar un volumen considerable y que para conocerlos adecuadamente será preciso un estudio laborioso y dilatado. Por esta razón serán pocos los hombres en cada

sociedad suficientemente versados en materia de leyes para estar capacitados para las funciones judiciales.”⁸⁷

Esto quiere decir que quienes estén a cargo de la función judicial, deben ser personas peritas en derecho, versadas en leyes y que ejerzan su función de forma autónoma e independiente, sin estar sujetos a ningún tipo de presión o manipulación.

Sin duda, para que los órganos jurisdiccionales puedan realizar de manera objetiva e imparcial su labor, se debe garantizar su autonomía y su independencia, a través de diferentes mecanismos, sin embargo, antes de revisar los principios a los que se debe consagrar la carrera judicial⁸⁸, exponemos qué es la jurisdicción.

II.1.1. Concepto de jurisdicción.

Entendemos por jurisdicción a la manifestación más concreta de la justicia, que en todo sistema jurídico se refiere a “la correcta aplicación de las leyes y la posibilidad de proteger su respeto a través de instancias que permitan resolver las controversias, conflictos y diferencias que se susciten entre las partes”.⁸⁹

La jurisdicción es “el conjunto de atribuciones que tiene el Estado, para ejercerlas, por conducto de alguno de sus órganos o por medio de árbitros, con aplicación de normas jurídicas generales e individualizadas a los diversos actos y hechos que se susciten con motivo del planteamiento de posiciones concretas en controversia”.⁹⁰

⁸⁷ Hamilton, Alexander, *et. al.*, *op. cit.*, nota 17, p. 335.

⁸⁸ Conforme al artículo 100, séptimo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los principios de la carrera judicial son: excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia.

⁸⁹ Andrade Martínez, Virgilio, “Balance y perspectivas de la justicia electoral en México”, en Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Evolución histórica de las instituciones de la justicia electoral en México*, México, TEPJF, 2002, p. 601.

⁹⁰ Arellano García, Carlos, *Teoría general del proceso*, México, Porrúa, 1992, p. 346.

Flavio Galván considera que la jurisdicción es “la función soberana del Estado que tiene por objeto la solución de controversias de intereses de trascendencia jurídica, mediante la aplicación del Derecho al caso concreto controvertido”.⁹¹

Una jurisdicción efectiva debe estar revestida de ciertas atribuciones para que el juzgador pueda ejercer sus funciones eficazmente y se cumplan sus sentencias: “el de coerción, para procurarse los elementos que sean necesarios para su decisión, inclusive de otros órganos del Estado, el de documentación o investigación, para decretar y practicar pruebas y, el de ejecución, para hacer cumplir lo juzgado con el imperio del Estado”.⁹²

Al contarse con una adecuada jurisdicción se otorga seguridad jurídica a la población, esto significa que “el ejercicio del poder público esté restringido por reglas jurídicas”⁹³ que las personas conocen y que, por lo tanto, les permite prever la forma en cómo los jueces resolverán los casos que se sujeten a su jurisdicción.

Para que haya una seguridad jurídica eficaz “se necesitan que las reglas sean públicas, generales, abstractas, relativamente estables, claras, no contradictorias, entre otros rasgos”.⁹⁴

De esta manera la seguridad jurídica es un valor indispensable para que el pueblo confíe en las atribuciones que les confió a los órganos creados para ejercer la función jurisdiccional.

Sin embargo, el control *ex officio* en México, materia de análisis de esta investigación, reviste rasgos de inseguridad jurídica desde una visión analítica, ya que si bien, en principio sabemos que su fin último es proteger los derechos humanos, lo cierto es que no existen reglas públicas, generales, abstractas, claras, no contradictorias, pero sobre todo permanentes, de cómo ejercer dicho control, por el contrario, los pocos esbozos jurisprudenciales nacionales, han sido cambiantes,

⁹¹ Galván Rivera, Flavio, *Derecho Procesal Electoral*, México, Porrúa, 2006, p. 116.

⁹² Castillo, Leonel, *Cuestiones temáticas de derecho*, México, TEPJF, 2006, p. 30.

⁹³ Orozco Henríquez, José de Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa, 2006, p. 237 y *Cfr.* Pérez Luño, Antonio Enrique, *La seguridad jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1991.

⁹⁴ Orozco Henríquez, José de Jesús, *op. cit.*, nota 93, p. 239.

divergentes y hasta contradictorios entre sí, poco claros e incluso podríamos tacharlos de inconventionales, como sucede respecto de ciertas figuras jurídicas como el arraigo, que so pretexto de ser una restricción constitucional perfectamente válida en el marco constitucional nacional, resulta insostenible a la luz del *corpus iuris interamericano* al que nos referiremos en el capítulo tercero.

Pero no sólo la seguridad jurídica debe ser la premisa que rijan la labor jurisdiccional, sino que existen muchos otros principios que se exponen a continuación.

II.1.2. Principios que rigen la función jurisdiccional.

II.1.2.1. Principio de autonomía.

Este principio implica que la función jurisdiccional se puede realizar de forma autónoma. En palabras de Brian Bix, la autonomía: “es la facultad para gobernarse a sí mismo”.⁹⁵

La autonomía está enfocada a la autosuficiencia y autodeterminación. Para garantizar la autonomía, deben estipularse garantías normativas y presupuestales, que les permitan subsistir, sin tener que depender de los otros poderes.

Para ser autónomo, el poder judicial debe tener la facultad de dictar las normas que “reglamenten su funcionamiento interno, a efecto de garantizar su independencia, por lo mismo, pueden expedir y modificar su reglamento y diversos acuerdos generales para su adecuado y eficiente funcionamiento”⁹⁶.

⁹⁵ Bix, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 23.

⁹⁶ Orozco Henríquez, Jesús, *op. cit.*, nota 93, p. 37.

Por lo tanto, las características de la autonomía⁹⁷ (siguiendo las características del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación) son las siguientes:

- a) Tiene su propio patrimonio;
- b) Administra sus recursos;
- c) Elabora su reglamento y hace las modificaciones necesarias para su mejor funcionamiento;
- d) Resuelve por sí mismo sus conflictos internos;
- e) No debe estar sujeto a ningún otro órgano del Estado.

El problema que subsiste en el sistema jurídico mexicano es que no está garantizado constitucionalmente que el presupuesto que presente el poder judicial será aprobado en sus términos. La situación empeora a nivel local, pues hay estados de la república como Coahuila, Guerrero y Yucatán, donde la legislación permite que el Poder Ejecutivo pueda modificar el proyecto de presupuesto, antes de remitirlo al Legislativo.

Tampoco existen estándares objetivos, como la cantidad de expedientes que substancian o el número de habitantes que atienden, para determinar el presupuesto suficiente para el ejercicio de su función.

Por ejemplo, mientras el Poder Judicial Federal recibió 67 mil 305 millones de pesos para el ejercicio fiscal 2020⁹⁸, el total de los Tribunales locales no recibió ni la mitad de ello, pues tan sólo el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de

⁹⁷ Cfr. Maya Rayas, Carlos Eduardo, *Los tribunales electorales en México en la transición democrática: los casos de Tabasco y Yucatán*, México, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2004, pp. 62-63. Disponible en: <http://portal.iedf.org.mx/biblioteca/descargasC.php?id=46>.

⁹⁸ En el Presupuesto de Egresos 2020, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de diciembre de 2019, se advierte que recibió una asignación de \$67,305,117.703, de los cuales \$4,821,903.248 se asignaron a la SCJN; \$59,834,611.435 al Consejo de la Judicatura Federal y \$2,648,603,020 al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5581629&fecha=11/12/2019#gsc.tab=0.

México, que es el más importante en el país, por el número de asuntos que ventila, recibió tan solo el diez por ciento de lo que recibió el Poder Judicial Federal, es decir, poco más de 7 mil millones de pesos. Sirva como referencia el siguiente ejemplo de la distribución del presupuesto 2020⁹⁹:



Por otra parte, es importante que sus percepciones salariales y prestaciones sean decorosas y acordes con la alta investidura de la función de impartir justicia, pero sobre todo, que sean homogéneas a todos los juzgadores, pues nada justifica que los juzgadores federales tengan percepciones muy superiores a las que reciben los juzgadores locales, cuando la función es igual. Aunque los juzgadores federales velen por la constitucionalidad y los locales por la legalidad, desde la perspectiva del control difuso, a ambos les son exigibles los mismos parámetros de excelencia, formación y profesionalismo.

Al respecto, Laurence Pantin y Adriana Aguilar abonan a la discusión en comento al señalar que:

“La disposición relativa al sueldo de los jueces presenta todas las características de la prudencia y la eficacia, y puede afirmarse con seguridad que unida a la permanencia en el servicio, asegura la independencia judicial

⁹⁹ Pantin, Laurence y Aguilar, Adriana, “Poderes judiciales locales ¿el presupuesto los hará libres?”, *Revista Nexos*, Marzo 10, 2020. Consultable en: <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/poderes-judiciales-locales-el-presupuesto-los-hara-libres/>.

mejor que las constituciones de cualquiera Estados en lo que respecta a sus jueces propios”.¹⁰⁰

En ese orden de ideas, no sólo el salario debe ser decoroso, sino que también se les deben garantizar prestaciones de seguridad social adecuada relativas a la salud y al retiro digno. De hecho, dichas garantías de seguridad social son propias de cualquier trabajador, pero en el caso de los jueces, es importante que sean permanentes y no sujetas al cambio de políticas públicas.

Si bien el artículo 94 Constitucional, en su párrafo décimo segundo, prevé que “la remuneración¹⁰¹ que perciban por sus servicios los Ministros de la Suprema Corte, los Magistrados de Circuito, los Jueces de Distrito y los Consejeros de la Judicatura Federal, así como los Magistrados Electorales, no podrá ser disminuida durante su encargo”¹⁰², se considera tal disposición es insuficiente para garantizar la autonomía financiera de los jueces, máxime que la misma Constitución, en su artículo 127, fracción II, prevé que ninguna persona servidora pública podrá recibir remuneración una mayor a la establecida para el Presidente de la República, por el desempeño de su función, empleo, cargo o comisión¹⁰³.

Con tal determinación, la remuneración queda sujeta a la decisión del Legislativo, que no cuenta con elementos objetivos de determinación para la asignación de los presupuestos, con lo cual queda demostrado que la autonomía del poder judicial en México es altamente vulnerable.

Una condición de la autonomía es la permanencia en el cargo. El ideal es que los juzgadores, una vez nombrados, sean inamovibles, hasta que alcancen la edad de retiro, o bien, hasta que exista una causa grave que justifique su remoción.

¹⁰⁰ *Ídem.*

¹⁰¹ “Se considera remuneración o retribución toda percepción en efectivo o en especie, incluyendo dietas, aguinaldos, gratificaciones, premios, recompensas, bonos, estímulos, comisiones, compensaciones y cualquier otra, con excepción de los apoyos y los gastos sujetos a comprobación que sean propios del desarrollo del trabajo y los gastos de viaje en actividades oficiales”. Artículo 127, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰² Artículo 94, párrafo décimo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰³ *Cfr.* Artículo 127, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sobre dichas causas graves, al menos las vigentes, se hablará en el apartado de responsabilidad judicial.

En la medida que no exista garantía de permanencia en el cargo, el riesgo de que el juzgador se vea negativamente influenciado por agentes externos, es muy grande. Al respecto, es relevante señalar lo que en su momento se sostuvo en la obra *El Federalista*, a saber:

“En una república donde no abundan las fortunas y las pensiones no son convenientes, el quitar a los hombres de los cargos que sirvieron a su país larga y fielmente, y de los que dependen para su subsistencia, a una edad demasiado avanzada para que puedan buscar alguna otra ocupación que les permita vivir, debe justificarse desde el punto de vista humanitario, con algún pretexto más plausible que el derivado del peligro imaginario de una judicatura inhabilitada”.¹⁰⁴

Esta afirmación -que tiene más de dos siglos- sigue siendo totalmente vigente, pues parece una constante que existan pocas fortunas y que los sistemas pensionarios y de retiro, pareciera no tener remedio. Así que la autonomía financiera es indispensable para la función jurisdiccional.

II.1.2.2. Principio de certeza.

La certeza es el “conocimiento seguro y claro de algo y como firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar”¹⁰⁵.

Para Paolo Comanducci, un sistema jurídico ofrece certeza jurídica cuando “cada ciudadano está en situación de prever cuáles serán las consecuencias jurídicas de sus propias acciones y cuáles serán las decisiones de los órganos de aplicación en el caso en que su comportamiento deba ser juzgado conforme al

¹⁰⁴ Hamilton, Alexander, *et. al.*, *op. cit.*, nota 17, p. 338.

¹⁰⁵ *Diccionario de la Real Academia Española*, edición del Tricentenario, actualización 2021. Consultable en: <https://dla.rae.es>.

derecho”.¹⁰⁶ Asimismo, la certeza se refiere a la necesidad de que todas las acciones que realiza el juzgador “se caractericen por su veracidad y, que los resultados de sus resoluciones sean comprobables y fidedignos¹⁰⁷”.

De igual forma, la certeza es un principio importante, por la necesidad de los ciudadanos de tener garantizados sus derechos por la autoridad judicial. Además, la certeza nos permite asimilar y confiar en sus resoluciones.¹⁰⁸

En suma, la certeza es la seguridad jurídica que nos permite tener confianza en los jueces y en la razonabilidad y asertividad de sus decisiones. Sin embargo, como veremos en el capítulo tercero, con la emisión de la contradicción de tesis 351/2014, la SCJN, en una nueva reflexión, ha considerado que la seguridad jurídica, como cualquier otro valor instrumental, no tiene carácter absoluto, por lo que, en muchas ocasiones, al entrar en conflicto con los principios a los que debe servir, como los de libertad, igualdad y dignidad, núcleo básico de los derechos humanos puede y debe ser derrotada.¹⁰⁹

Este punto de vista de la SCJN, que hoy es jurisprudencia, me parece bastante delicado, pues si algo se debe defender en cualquier sistema jurídico, es justamente la seguridad jurídica. La aplicación del silogismo jurídico tiene como finalidad, dotar de seguridad jurídica a todos los gobernados, de tal manera que permita hacer previsible las consecuencias jurídicas de las conductas y así como el cumplimiento de otros valores de derecho.

¹⁰⁶ Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico*, México, Fontamara, 1999, p. 98.

¹⁰⁷ “La certeza jurídica se mantiene como el escudo de los abogados formalistas, bajo la premisa de que interpretar en sentido abierto una norma jurídica rompería la certeza jurídica y el carácter predecible de las decisiones”. Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 11.

¹⁰⁸ La SCJN ha manifestado que el principio de certeza permite y garantiza que “todos los participantes en el proceso electoral, conozcan con claridad y seguridad, las reglas a qué están sujetas en su actuación las autoridades electorales”. Sentencia relativa a la acción de inconstitucionalidad 18/2001 y sus acumuladas 19/2001 y 20/2001, Pleno de la SCJN, Ponente: Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, 7 de abril de 2001.

¹⁰⁹ Sentencia de la Contradicción de Tesis 351/2014, emitida por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el veintiocho de septiembre de dos mil veintiuno, párrafo 214, p. 113.

Arribar a la conclusión de que la seguridad jurídica puede ser derrotada en aras de la protección de derechos humanos en una instancia de control concentrado, nos deja en una situación de total incertidumbre, pero también permite abrir la imaginación a miles de posibilidades en donde los derechos de propiedad, de libre empresa o los generados a partir de concesiones o contratos en ciertos sectores estratégicos del Estado, puedan verse amenazados bajo la visión de protección a los derechos humanos de las mayorías, justificando decisiones que terminarán en instancias internacionales, pues una cosa es que la jurisprudencia se arroge atribuciones concentradas de control *ex officio* absolutamente discrecional y otra cosa es dejar de considerar que en dicho control tendrán que ceñirse a las obligaciones convencionales que tiene el Estado Mexicano.

Habrá que esperar a ver el resultado que genere esta contradicción de tesis por parte de los órganos de control concentrado, para que en unos años veamos si el cambio de criterio fue más favorecedor a la impartición de justicia o si sucede exactamente lo contrario.

II.1.2.3. Principio de imparcialidad

La imparcialidad es “la falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”.¹¹⁰

De igual forma, podemos considerar que la imparcialidad implica “la ausencia de todo aquello que puede estorbar el juicio objetivo y, en sentido estricto, sería la ausencia de las pasiones que pueden dificultar una consideración equitativa de las partes”.¹¹¹

Por su parte, Isabel Trujillo estima que existen dos conceptos primarios de imparcialidad:

¹¹⁰ *Diccionario de la Real Academia Española*, edición del Tricentenario, actualización 2021. Consultable en: <https://dla.rae.es>.

¹¹¹ Trujillo, Isabel, *Imparcialidad*, México, UNAM, 2007, pp. 30 y 69.

“el primero tiene que ver con la objetividad del juicio y considera imparcial a quien juzga de manera objetiva, sin prejuicios o distorsiones; el segundo tiene que ver con el equilibrio cuando se confrontan intereses opuestos, poniendo el acento sobre un sentido colateral de imparcialidad: la ausencia de favoritismo o de partidismo”.¹¹²

Es así que la imparcialidad, por consecuencia, debe ser una cualidad del juzgador, como hombre virtuoso, que no permite influencias ajenas en el ejercicio de discernimiento aplicado a su decisión. No debe permitir que ni su voluntad, ni su convicción personal o creencia, inflencie su decisión por encima de las evidencias y elementos objetivos de los que se allegó para alcanzar la conclusión final. Por lo tanto, debe tener la capacidad de resolver buscando un equilibrio entre los intereses en contienda.

Los elementos para alcanzar un juicio imparcial son: la autonomía, la independencia, la certeza y la legalidad.

II.1.2.4. Principio de independencia.

La independencia está altamente relacionada con la autonomía, sin embargo, está mayormente enfocada a poder ejercer la función sin injerencia ni presiones externas, no sólo con la autosuficiencia y autodeterminación, como la autonomía, aunque se reconocen que son principios ligados.

La independencia del juez se obtiene a partir de un “conjunto de garantías destinadas a asegurar su imparcialidad, respecto a las partes y a las instituciones políticas y sociales”.¹¹³

¹¹² *Ibidem*, p. 3 y *Cfr.* Saldaña Serrano, Javier, *Virtudes del juzgador*, México, SCJN, 2007, pp. 48-51.

¹¹³ Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia, *Los jueces y la política*, España, Taurus, 1999, p. 16.

La independencia jurisdiccional significa que los jueces no estén sometidos a ninguna otra instancia política, administrativa o económica, pues su única subordinación debe ser a la Constitución y al marco jurídico constitucional.

Se considera que la independencia tiene que ver con la “forma de designación, tenencia del cargo, forma de destitución (requisitos de aislamiento),”¹¹⁴ respecto de lo cual se esbozan las siguientes reflexiones:

1. Cuando los teóricos de la Constitución de los Estados Unidos de América se ocuparon del Poder Judicial, justamente vislumbraron como las cuestiones más importantes a considerar “1º El modo de nombrar a los jueces, 2º El tiempo que durarán en los puestos y las causas para ser removidos de ellos, 3º La distribución de la autoridad judicial entre los diferentes tribunales y las relaciones entre sí”¹¹⁵.
2. Se hace especial énfasis por cuanto hace al modo de nombrar a los jueces y las causas para ser removidos, pues también en ello, México no tiene la mejor regulación, como explico de forma muy genérica a continuación, por no ser el objeto de estudio principal de esta investigación.
3. En otros países como Estados Unidos, Inglaterra y Japón, la premisa fundamental para acceder y permanecer en el cargo es la “buena conducta” o “conducta ejemplar”, “todos los jueces nombrados por los Estados Unidos conservarán sus puestos *mientras observen buena conducta*, lo cual se halla de acuerdo con las mejores constituciones de los Estados”.¹¹⁶
4. En México, el estándar¹¹⁷ se basa en tener un “título profesional” obtenido con determinada antigüedad, dependiendo de cada cargo (cuya garantía

¹¹⁴ Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia*, México, Fontamara, 2007, p. 98.

¹¹⁵ Hamilton, Alexander, *et. al.*, *op. cit.*, nota 17, p. 330.

¹¹⁶ *Ídem.*

¹¹⁷ Por estándar, nos referimos a los requisitos constitucionales para obtener el cargo de mayor jerarquía en el poder judicial en México, que es el de Ministro de la SCJN, previsto en el artículo 95 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

adecuada formación académica, como ya se comentó, no está garantizada), “buena reputación” y “no haber sido condenado por delito que merezca pena corporal”.

5. El problema es que no existen elementos objetivos de cómo medir la “buena reputación” o “fama pública”, de tal manera que ésta se determina de forma absolutamente discrecional por el órgano que los elige de corte político, es decir, por el Ejecutivo, que los propone mediante terna y el Senado que los ratifica.
6. Es así que la “buena reputación”¹¹⁸, se reduce a no haber andado en chismes que hayan trascendido en la prensa y en las redes sociales, sumados a cientos de escritos firmados por los amigos y conocidos del sujeto a evaluación, para considerar que tiene “buena reputación” y entonces es apto para el cargo.
7. Se dejan de lado elementos objetivos de valoración como los aplicados en los países a los que me he referido, basados en: el cumplimiento de sus obligaciones fiscales; el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y familiares; su historial de comportamiento crediticio y financiero; su historial de conducta contrastado con las escuelas donde cursó su formación académica, dónde laboró y con sus vecinos en los domicilios donde habitó; su historial de multas vehiculares, además de los antecedentes que puedan trascender en otros aspectos y de los que se tenga evidencia objetiva.
8. Si en México se habilitaran estándares objetivos, como los citados anteriormente y se permitiera que instancias de gobierno de conformación

¹¹⁸ De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la buena reputación “consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona y que, denominador común de todos los ataques e intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho, es el desmerecimiento en la consideración ajena”. SCJN, *Honor*, Tesis temáticas, disponible en: https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Documents/CriteriosPJF/Tesis_tematica_Honor.pdf.

mixta (como el Comité de Participación Ciudadana del Sistema Nacional Anticorrupción para juzgadores federales y los Comités locales, para juzgadores estatales) pudieran estar a cargo de la investigación de antecedentes a los que me he referido, se disminuiría el margen de discrecionalidad y dejaría de ser tan preocupante la forma en cómo se nombran a los jueces y como se supervisa la disciplina judicial.

Así por ejemplo, todos los candidatos que se estimen aptos para el cargo, podrían participar y aplicar las evaluaciones correspondientes, que arrojaría una lista de doce posibles candidatos, a partir de la cual, el Ejecutivo podría conformar la terna.

9. El modelo de designación constitucional que actualmente prevé la Constitución mexicana, es poco afortunado, pues si bien, las instancias políticas que intervienen están plenamente legitimadas para dicha función, porque representan la voluntad popular, lo cierto es que propician que se cuestione la independencia y autonomía de los Jueces. No puede ser que si una terna no es aceptada por segunda ocasión por el Senado, (representante de las entidades federativas de este país y detentador de importantes facultades de impacto nacional), el Ejecutivo pueda imponer a su “gallo”, simple y llanamente.
10. Deberían estipularse otro tipo de procedimientos que garanticen por un lado la estabilidad del Poder Judicial, para que su conformación y funciones no se ponga en riesgo, y por el otro, la legitimidad de quienes llegan al cargo. En primer lugar, las ternas que presenta el Ejecutivo, deberían elaborarse con base en criterios objetivos, así por ejemplo, si fuera el Comité de Participación Ciudadana el que evaluara a todos los aspirantes que se inscribieran al proceso, podría arrojar una lista de doce finalistas, para que entre ellos, el Ejecutivo elabore la primera terna.

Si el Senado no aprueba una terna en primera vuelta, se debería precisar que la subsecuente que remita el Ejecutivo, no podrá incluir a los aspirantes que ya habían sido rechazados. De igual manera, si en una tercera terna, el Senado no aprueba, se incluirán en la lista, a los que falte de examinar y así hasta tener como máximo una cuarta terna sujeta a escrutinio del Senado.

Un modelo de designación como el que se propone, además de ser más democrático y legítimo, evitaría imposiciones que ponen en riesgo la autonomía e independencia del máximo tribunal.

11. Finalmente se destaca que los mecanismos de disciplina judicial, tampoco han demostrado ser eficaces, ya que las facultades por ejemplo, del Consejo de la Judicatura, están marginadas a revisar el cumplimiento del marco normativo en materia de responsabilidades administrativas, sin facultades suficientes para tener acceso a información estratégica para abatir conductas indebidas, mucho menos la “buena reputación” y la “buena conducta” de los juzgadores.

En cambio, si llegara a existir duda respecto del recto proceder de un juzgador, se crearían herramientas que permitan verificar la “buena conducta” del juzgador, con la participación de instancias mixtas como los Comités de Participación Ciudadana, nacional y local, para los fines a los que me he referido, así como el acceso a información financiera con la cooperación de instancias como la Unidad de Inteligencia Financiera de la Secretaría de Hacienda, los órganos de disciplina judicial supervisarían eficazmente el debido proceder de los juzgadores y evitar que agentes externos de tipo político, económico, o incluso, de la delincuencia organizada, o bien de tipo interno, como los lazos con familiares, amigos, socios y vecinos, los influyan.

II.1.2.5. Principio de legalidad.

Al considerarse que el principio de legalidad conlleva lógicamente a su manifestación material, el denominado “Estado de Derecho”¹¹⁹, entendiéndose por tal, “aquel estado cuyos diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el derecho y sometidos al mismo... (por lo que) contrasta con todo poder arbitrario y, a su vez, se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario”.¹²⁰

El modelo de Estado de Derecho se conforma de diversos elementos, entre los que destacan: “la soberanía popular; la división de poderes; el principio de legalidad y el reconocimiento de los derechos fundamentales del ciudadano”.¹²¹

El principio de legalidad limita la acción de las autoridades pues establece el marco jurídico al que estarán sujetos.

El concepto de ley, propio del estado de Derecho, exige que el gobierno sea quien esté sujeto a la ley, antes que la ley sea sometida por el gobierno;¹²² por lo que toda actividad judicial deberá estar apegada a la norma, de tal forma que estará obligado a fundar y motivar sus determinaciones.

La actuación del juzgador siempre deberá ser con base en la ley (legalidad), de tal forma que en todo momento y en cualquier circunstancia, el ejercicio de sus atribuciones se observe escrupulosamente el mandato constitucional y el parámetro de constitucionalidad, para los casos concretos.

¹¹⁹ Para Carl Schmitt, el Estado de Derecho es característico de todo Estado que respete, sin condiciones, el derecho objetivo vigente y los derechos subjetivos que existan. *Cfr.* Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editorial Nacional, 1966, p. 150.

¹²⁰ Orozco Henríquez, José de Jesús, Voz “Estado de Derecho”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Porrúa, 2002. Tomo III, D-E, pp. 830-832.

¹²¹ Cosculluela Montaner, Luis, *Manual de derecho administrativo*, España, Civitas, 2004, Vol. I, p. 21.

¹²² Wade, H.W., *Estudio del derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, p. 18.

II.1.2.6. Principio de objetividad.

Ronald Dworkin considera a la objetividad “como la cualidad suficiente y plena de la interpretación de la ley y de comprobación de los hechos contrastados por las partes, despejada hasta lo humanamente posible de cualquier asomo de subjetividad o de relatividad que pueda entorpecer la función del juzgador, en agravio de la impartición de justicia.”¹²³

En materia judicial, este principio significa “que la autoridad debe basar su actuación en hechos debidamente demostrados y tangiblemente admitidos, sin que quepa la posibilidad de que sus miembros actúen con base en impulsos o apreciaciones subjetivas, exige por tanto la necesidad de elementos de constatación para cualquier observador externo”.¹²⁴

Sobre el particular, el Doctor Flavio Galván considera que la objetividad implica:

“un quehacer institucional y personal fundado en el reconocimiento global, coherente y razonado de la realidad sobre la que se actúa y, consecuentemente, la obligación de percibir e interpretar los hechos por encima de visiones y opiniones parciales o unilaterales, máxime si estas pueden alterar la expresión o consecuencia del quehacer institucional”.¹²⁵

Como puede apreciarse, los principios de imparcialidad y objetividad son muy similares, sin embargo se estima que la imparcialidad está mayormente enfocada a la posible influencia de elementos externos que puedan afectar la decisión judicial, mientras que el principio de objetividad, se refiere más bien a elementos internos, valores, convicciones o prejuicios que puedan influenciar al juzgador, de tal manera

¹²³ Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1995, pp. 154 y ss.

¹²⁴ Cienfuegos Salgado, David, *Justicia y Democracia, Apuntes sobre derechos electorales*, México, Centro de Estudios de Derecho Estatal y Municipal, Universidad Autónoma de Chiapas, Colegio de Guerrero, 2008, p. 101.

¹²⁵ Galván Rivera, Flavio, *op. cit.*, nota 91, p. 93.

que deben ceñirse a los autos del proceso, a las pruebas aportadas y a los argumentos esgrimidos.

II.1.2.7. Principio de publicidad o transparencia.

Ernesto Garzón Valdés señala que: “la publicidad es un principio normativo [que] puede servir como criterio para juzgar acerca de la calidad democrática de un sistema político¹²⁶”.

El carácter público de los actos del Estado, como los que ejecuta el poder judicial o cualquier órgano jurisdiccional, deviene en un Estado constitucional del derecho que tienen los gobernados a saber qué y cómo ejercen sus atribuciones los poderes constituidos por ellos, a través del marco Constitucional, por un principio de rendición de cuentas.

La publicación de las sentencias es una obligación de transparencia recientemente incorporada en el sistema jurídico mexicano, a partir de la consideración de que como los jueces se expresan a través de sus sentencias, es necesario publicitarlas, para poder verificar que su actuación cumple con los demás principios de la función jurisdiccional.

La transparencia es un derecho consagrado en el artículo 6º Constitucional y obliga a todos los órganos del estado a permitir a cualquier persona el acceso a la información que generen, como un mecanismo de control ciudadano, a las funciones públicas.

En materia de transparencia, lo importante “no es el ‘qué’ se hace, si no el ‘cómo’ se hace. Por lo tanto, la transparencia nos debe permitir satisfacer nuestras dudas, en materia pública y, sobre todo, vigilar la actuación del gobierno”.¹²⁷

¹²⁶ Citado por Yves-Marie Doublet, en “Financiamiento, corrupción y gobierno”, en Carrillo, Manuel *et al.* (coords.), *Dinero y contienda político-electoral al Reto de la Democracia, Sección de Obras de Política y Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 494. La publicidad puede ser clasificada como: especialidad orgánica y como garantía.

¹²⁷ Garapon, Antoine, *Juez y Democracia*, España, Editorial Flor de Viento, 1997, p. 83.

La transparencia es un principio que no se tenía contemplado en la doctrina tradicional mexicana, porque el derecho de acceso a la información es relativamente reciente, es una incorporación que se hizo al iniciar este nuevo milenio y ha alcanzado al Poder Judicial apenas el año pasado, cuando se reformó el artículo 73, fracción II de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de agosto de 2020, por virtud de la cual, los sujetos obligados de los Poderes Judiciales Federal y de las Entidades Federativas deberán poner a disposición del público y actualizar, las versiones públicas de todas las sentencias emitidas.

Se considera sumamente plausible dicha reforma, pues como se comentó en otro momento, esto dará oportunidad a que tanto los estudios del derecho, como la sociedad civil en general, puedan evaluar la labor de los jueces, a través de los elementos objetivos, como sus sentencias.

II.1.2.8. Principio de excelencia profesional.

Los jueces deben su función con excelencia y profesionalismo, es decir, que cuenten con una buena formación académica que pueda ser objetivamente evaluada y para ello no basta con que cuente con un título profesional, sino que deben existir parámetros de evaluación constante que verifiquen su constante actualización y vocación de estudio.

Al respecto, estimo que existe una gran deficiencia en nuestro país, respecto a la calidad de la formación jurídica de los profesionales del derecho. Por no ser materia de esta investigación, no haré mayor desarrollo al respecto, simplemente se presentan las siguientes reflexiones personales:

1. Hoy en México es posible estudiar la carrera de derecho por correspondencia, o algo similar, en línea, donde los mecanismos de evaluación parecieren no tener la misma rigurosidad y exhaustividad que los programas de estudio que obligan, al menos de forma alternada, la presencia del estudiante y la corroboración de los conocimientos adquiridos. Al

respecto, considero que el riesgo de mantener este modelo, es que sea otra persona diferente al estudiante, quien curse la carrera o bien, que se haga “trampa” en las evaluaciones con tal de obtener una patente de Licenciatura en Derecho; por lo que debería ser un requisito *sine qua non* la evaluación presencial bajo estándares objetivos aplicables a todas las facultades de derecho.

2. Aunado a lo anterior, estimo que no existe un estándar mínimo de formación para todos los abogados que obligue a las escuelas o facultades de derecho, a un programa de estudio básico, que garantice dominio general de la ciencia del derecho. Esto implica que, a discrecionalidad, las autoridades federales educativas otorguen el Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios (RVOE)¹²⁸ a instituciones particulares, con el consecuente riesgo de corrupción y mercantilización de la educación jurídica.

Me parece que desde el año 2000 a la fecha, han proliferado las “escuelas de derecho”, para hacer frente a la enorme demanda de estudiantes que no logran ser aceptados en escuelas públicas; sin embargo, considero que muchas veces la calidad de la educación que se imparte en las mismas, no tiene una supervisión institucionalizada, basada en estándares internacionales de formación académica, ni tampoco un procedimiento de suspensión objetivo del RVOE, que se realice a partir de criterios de calidad de la educación y rigurosidad en los procedimientos de evaluación para la obtención de la patente.

Esta vulnerabilidad de la formación académica en México, no es sólo en la materia jurídica, sino en general en varias otras disciplinas, aunque hay

¹²⁸ Se refiere al Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios que expide la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública a las instituciones, a partir de la cual, los estudios cursados tienen reconocimiento oficial y con ello se puede obtener una patente, es decir, un título y una cédula profesional que acredite al titular, como profesional de la disciplina que corresponda, en términos del artículo 113, fracción X de la Ley General de Educación.

sectores que cuentan con mejor regulación, como el de la salud, la contabilidad o la construcción, que al menos cuentan con mecanismos de supervisión y garantía del seguimiento a sus profesionales, que permiten tener mayor certeza del conocimiento adquirido.

Por ejemplo, los médicos, no sólo tienen que realizar “residencias” en hospitales, supervisados por médicos egresados, que permiten practicar el conocimiento adquirido con supervisión, pues el valor que detenta el médico en su ejercicio profesional, es nada menos que la salud y la vida. Para el abogado no existe algo similar, así que obteniendo una cédula profesional puede salir al mundo a ofrecer sus servicios, sin la menor garantía de que, en efecto, cuente con las capacidades necesarias, todo lo cual, suele ser en detrimento de los intereses y patrimonio de las personas que les confían su defensa.

3. Finalmente, considero que tampoco existen mecanismos de seguimiento que permitan verificar periódicamente la actualización constante de los abogados. Si partimos de las premisas teóricas de que el derecho es dinámico, cambiante y dúctil, cómo es posible que no existan mecanismos de re-certificación periódica, para medir las aptitudes de especialización en las materias en las que ejerzan, ni instancias disciplinarias que permitan a la ciudadanía rápida y eficazmente, desactivar a los “malos profesionales”, los que no actúan éticamente; los que carecen de los conocimientos y, en consecuencia, no deberían andar litigando intereses de terceros.

Al respecto, poco se ha avanzado, incluso en el Poder Legislativo con iniciativas de Ley que proponen establecer la colegiación de los abogados, como medida de solución. No se considera que esa sea la vía adecuada, pues se estima que se presta a la formación de cúpulas, que lejos de mejorar el problema, lo van a empeorar. Se mercantilizará el acceso a los colegios y los últimos beneficiados de esa medida, serán los ciudadanos, pues seguirán sin existir mecanismos institucionales, para verificar la adecuada formación y actualización de los juristas.

Se estima que los sistemas de re-certificación periódica que tienen los Tribunales de otros países, como Puerto Rico, donde cada Tribunal, de acuerdo con las materias que lleva, hace un proceso bianual o quinquenal de re-certificación de los profesionales del derecho, a través de evaluaciones de conocimiento y actualización, las mismas que aplican a sus aspirantes a jueces y para evaluarlos, es una herramienta más eficaz. Cuando no se aprueban las evaluaciones, les suspende temporalmente por un año la patente, para que se preparen mejor y una vez que acredita su examen, le permite seguir ejerciendo.

Este me parece que sería un mecanismo mucho más eficaz, que la colegiación.

Mismo ejercicio puede aplicarse, a través de los órganos de gobierno, a los servidores públicos que realizan funciones sustantivas relacionadas con la justicia, tales como Fiscalías, Defensorías Públicas, Comisiones de Defensa de Derechos Humanos, entre otras.

II.1.2.9. Principio de honradez.

Se replican las consideraciones hechas en el principio de independencia, por cuanto hace a la forma de valorar la “buena conducta” de los jueces, como estándar para su designación y remoción.

En este sentido, la honradez implica “el actuar de forma honrada, que significa actuar rectamente y cumpliendo con su deber y de acuerdo con la moral”.¹²⁹

Medir elementos tan abstractos como el “actuar rectamente” o “de acuerdo con la moral”, sin elementos objetivos como los que se explicaron que se aplican en otros países, es sencillamente imposible.

Basta decir que el principio de honradez implica, no sólo actuar conforme al marco normativo del país al que pertenezca el juzgador, sino acorde con los valores

¹²⁹ *Diccionario de la Real Academia Española*, edición del Tricentenario, actualización 2021. Consultable en: <https://dla.rae.es>.

éticos generalmente aceptados por la sociedad en que vive, tomando como referencia los estándares internacionales, a los que esté comprometido su Estado, sin pretender obtener mayores beneficios del ejercicio de su función, que los que legalmente le correspondan.

II.2. La función interpretativa de los órganos jurisdiccionales.

II.2.1. Concepto de interpretación.

La interpretación como concepto en abstracto, puede tener diferentes funciones, como atinadamente observa Guastini¹³⁰. Se puede interpretar una pieza musical, un estudio clínico, una conducta o un gesto humano, el comportamiento de los animales, un sueño, un hecho histórico, un hecho social o una norma.

Aun tratándose de conductas humanas, se pueden interpretar, actos, eventos o normas. Sin embargo, “la interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual”¹³¹, por lo cual consiste en “la actividad de determinar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, bien el resultado o el producto de dicha actividad, vale decir, el significado mismo”.¹³²

Sin que pretendamos hacer una exhaustiva exposición de la teoría Guastiniana, baste decir que dentro de la interpretación jurídica, existen muchas variedades, pero que la que corresponde a los jueces, es la interpretación decisoria, a través de la cual tiene que discernir la forma de pronunciarse en un caso concreto y en esa lógica, puede hacer una interpretación estándar, caso en el cual simplemente tiene que elegir el significado más adecuado de la norma, aplicando el silogismo, o bien, deberá hacer una interpretación creativa, en donde deberá dar un significado nuevo a la norma, un significado que jamás se haya hecho, siempre que el caso y el texto normativo a aplicar, así lo amerite.

¹³⁰ Guastini, Riccardo, *Interpretar y Argumentar. Nueva Edición Aumentada*, trad. de César E. Moreno More, Legales Ediciones, Editorial Ubijus, 2018, pp. 3-8.

¹³¹ *Ibidem*, p. 8.

¹³² *Ídem*.

Son muchas las teorías o escuelas de la interpretación jurídica que se han desarrollado a lo largo de los años, que analizan la interpretación jurídica como acto cognitivo o proceso intelectual, o bien, como producto o aplicación a casos concretos, que es el tipo de interpretación que desarrollan los juzgadores.

Siguiendo a Óscar Palomo Carrasco, han sido diez las escuelas de la interpretación jurídica, a saber:

1. La del derecho natural, que considera al derecho como una creación divina, por lo que al hombre corresponde lo bueno y lo justo, pues es lo que naturalmente le corresponde;

2. La del derecho racional, cuyo máximo exponente fue Emmanuel Kant, el cual determinó que la razón es la fuente de toda norma jurídica;

3. La exegética, que centra su análisis en la voluntad del legislador, partiendo de que no hay necesidad de interpretar, porque lo que no diga la norma, lo dirán los motivos que tomó en consideración el legislador para emitirla;

4. La histórica del derecho, cuyo máximo exponente es Savigny, que determina que la interpretación debe hacerse con base en la historia y tradiciones del humano;

5. La científica del derecho, que podemos denominar ecléctica, puesto que señala que para interpretar se debe aplicar tanto a la escuela exegética, como a la histórica;

6. La conceptualista de la ley, impulsada por Rudolph Von Ihering, que prevé que la interpretación debe realizarse a partir de las relaciones jurídicas y principios generales de derecho, que permiten colmar las lagunas de la ley, bajo una visión positivista, por lo que de forma sistemática y evitando contradicciones, se alcance el significado de la norma;

7. La de intereses, que parte de la premisa que el derecho es el producto de intereses particulares o de grupo, ya que los legisladores no son seres abstractos,

sino que viven dentro de intereses sociales, así que la interpretación debe considerar dichos intereses;

8. La del positivismo jurídico, cuyo máximo exponente es Kelsen, que crea la teoría de la norma fundante que dota de validez a todo el ordenamiento jurídico, de tal manera que toda interpretación, debe realizarse con base en la norma fundante y las normas que de ella deriven;

9. La americana o de libre decisión judicial, teniendo como máximos representantes a Alf Ross y Holmes, que se basa en dos premisas base del *Common Law*, que la vida de la ley no ha sido lógica, ha sido experiencia y que el juez es creador de la ley, de esta manera el juez puede dar interpretación extensiva a la ley, sin contrariarla ni desatenderla y;

10. La escuela contemporánea, cuyos máximos exponentes son Herbert Hart y Ronald Dworkin, desarrollada en el siglo XX, que haciendo una distinción entre los casos fáciles y los casos difíciles, señalan que los más relevantes para efectos de la interpretación, son los segundos, pues en ellos el juzgador no sólo debe aplicar la ley, sino hacer ponderaciones jurídicas e involucrar juicios morales para alcanzar la solución, que van fijando precedente por su excepcionalidad relevante y tienen efectos que trascienden en el tiempo. La escuela contemporánea “acude a criterios de interpretación liberal, evolutiva, conforme, crítica y pragmática”.¹³³

Derivado de lo anterior, Óscar Palomo Carrasco refiere que, en la escuela americana de libre decisión judicial, Oliver Wendell Holmes Jr. y Alf Ross son los principales precursores de esa línea de pensamiento¹³⁴; no obstante, no debe

¹³³ Cfr. Palomo Carrasco, Óscar, *La observancia obligatoria de la jurisprudencia emanada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados de Circuito en los actos administrativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 210-211. Consultable en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3964-la-observancia-obligatoria-de-la-jurisprudencia-emanada-de-la-suprema-corte-de-justicia-de-la-nacion-y-de-los-tribunales-colegiados-de-circuito-en-los-actos-administrativos>.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 211. Se hace la precisión de que el nombre correcto es Oliver Wendell Holmes Jr. y no *Homes*, como refiere el autor de la obra citada.

perderse de vista, que Alf Ross es quien con su obra consolidó el realismo jurídico escandinavo.¹³⁵

Profundizaremos sobre los usos de la interpretación en el análisis de casos prácticos que se hará en el capítulo correspondiente.

II.2.2. Métodos de interpretación jurídica.

A partir de las escuelas de interpretación jurídica, se han establecido diversos métodos de interpretación jurídica.

Siguiendo a Óscar Palomo Carrasco, que expone los métodos de interpretación que se utilizan en el Poder Judicial Federal, se describen a continuación brevemente:

- a) Método gramatical: Se basa en la literalidad de la ley. “Cuando un precepto es claro, no es necesario buscar interpretaciones al mismo, porque su letra en sentido gramatical no da lugar a dudas”.¹³⁶
- b) Método teleológico: Se interpreta de acuerdo al fin del dispositivo legal, a lo que se llama el “espíritu del legislador”, es decir, las causas finales. También se llama método finalista, ya que trata de desentrañar cuál es la finalidad perseguida por la norma.
- c) Método exegético: Se atiende a la literalidad de la ley y en caso de duda, se deben revisar los trabajos preparatorios, las exposiciones de motivos y las discusiones que hubo sobre la norma, para desentrañar su sentido, así como en la equidad y los principios generales de derechos que inspiraron el proyecto legislativo.

¹³⁵ Cfr. Fabra Zamora, Jorge Luis, *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, volumen uno, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 230.

¹³⁶ Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Instancia Sala Auxiliar, Quinta Época, t. CXXV, p. 1669.

- d) Método histórico: Implica interpretar la norma de acuerdo al contexto histórico en que la norma fue creada, buscando satisfacer las necesidades de la vida cotidiana y su función pragmática.
- e) Método deóntico: Se debe tomar en cuenta la moral y los valores éticos prevalecientes en el marco social en el que se aplica la norma.
- f) Método sistemático: Interpreta la norma como parte integrante de un contexto jurídico, de tal forma que para atribuirle algún significado, debe tomar en cuenta el contenido de otras normas o su contexto jurídico, ya que existe conexión material entre preceptos que regulan la misma materia, los motivos gramaticales, las razones históricas y los antecedentes doctrinales.
- g) Método analógico: Complementa las lagunas de la ley, que conforme a la jurisprudencia¹³⁷ existe cuando hay relación o semejanza entre casos. A falta de disposición legal que solucione la controversia, se debe acudir a los principios generales del derecho o puntos fundamentales en el que el derecho descansa.
- h) Método equitativo: En la interpretación se toman en cuenta las características del caso concreto, de suerte que en vista de ellas se interprete con visión de justicia entre las partes.
- i) Método *A coherente*: Se actualiza cuando dos enunciados resultan ser incompatibles entre sí, buscando la manera de que sean compatibles y evitar antinomias, es una interpretación correctora.
- j) Método coherente: Se parte de que hay antinomias y se resuelve la contradicción, eliminando a una de las normas en contención.

¹³⁷ Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Instancia Tercera Sala, Quinta Época, t. XCII, p. 1034.

- k) Método *en sedes materiae*: Se realiza en función del lugar que el dispositivo interpretado ocupa en el contexto normativo del que forma parte.
- l) Método de constancia terminológica: Se refiere a atribuirle un significado a un precepto, con base en el título o capítulo que encabeza el ordenamiento del que dicho precepto forma parte.
- m) Método pragmático: Interpreta la norma con base en las consecuencias favorables o desfavorables que producirá.
- n) Método *a fortiori*: Se aplica cuando se expresan ciertos enunciados que se supone refuerzan la verdad de la proposición que se está interpretando, se dice que esa proposición es *a fortiori* verdadera.
- o) Método *a contrario sensu*: Se basa en el aspecto lingüístico o gramatical de un enunciado, interpretado en sentido opuesto a la afirmación o negación que contiene.
- p) Método *reducción al absurdo*: implica rechazar la interpretación de la norma entre las teóricamente posibles, por las consecuencias absurdas que produce.
- q) Método conceptual: Basado en los conceptos básicos de la norma y a falta de un concepto que resuelva el problema jurídico, el juzgador crea un concepto que dé respuesta al problema.
- r) Método de tutela de intereses: Cuando se interpreta valorando los intereses que tutela la ley.¹³⁸

¹³⁸ Cfr. Palomo Carrasco, Óscar, *op. cit.*, nota 133, pp. 212-238.

- s) Método conforme: Es aquel creado a partir del Expediente Varios 912/2010 e implica interpretar conforme al parámetro de constitucionalidad.
- t) Método *pro personae*: Se debe interpretar en la forma que más favorezca a la persona y que le otorgue mayor amplitud o beneficio posible.

Estos son diversos métodos o herramientas argumentativas que ayudan al juzgador a identificar las posibles violaciones. Al respecto, la Segunda Sala del Alto Tribunal ha desarrollado una serie de criterios para que los impartidores de justicia puedan decidir cuál sería el más idóneo para resolver el asunto sometido a su consideración, a partir de valorar los siguientes factores, a saber:

- “a) El derecho o principio constitucional que se alegue violado;
- b) Si la norma de que se trata constituye una limitación gradual en el ejercicio del derecho, o si es una verdadera restricción o impedimento en su disfrute;
- c) El tipo de intereses que se encuentran en juego;
- d) La intensidad de la violación alegada; y
- e) La naturaleza jurídica y regulatoria de la norma jurídica impugnada”¹³⁹.

Adicionalmente, dicha Sala señala que, entre los métodos existentes para atender esas problemáticas, se encuentra el denominado “test de proporcionalidad”, el cual conjuntamente con “la interpretación conforme, el escrutinio judicial y otros métodos interpretativos, constituyen herramientas para dirimir la violación a derechos, que no constituye por sí mismo, un derecho fundamental, sino la vía para que los jueces cumplan la obligación que tienen a su cargo, que se constriñe a decidir, en cada caso particular, si ha existido o no la violación alegada”.¹⁴⁰

¹³⁹ Tesis 2a./J. 10/2019 (10a.), “TEST DE PROPORCIONALIDAD. AL IGUAL QUE LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL ESCRUTINIO JUDICIAL, CONSTITUYE TAN SÓLO UNA HERRAMIENTA INTERPRETATIVA Y ARGUMENTATIVA MÁS QUE EL JUZGADOR PUEDE EMPLEAR PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES, RESTRICCIONES O VIOLACIONES A UN DERECHO FUNDAMENTAL”., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, p. 838.

¹⁴⁰ *Ídem*.

Lo anterior, en virtud de que no se encuentran obligados a verificar la violación a un derecho humano atendiendo a un método en concreto, particularmente, porque no existe exigencia ni disposición constitucional al respecto.

Asimismo, no pasa inadvertido el criterio de interpretación jurídica funcional, el cual tal como ha sido establecido por los órganos jurisdiccionales del país, se basa en una ideología dinámica, que concibe:

“el sentido de la norma jurídica se modifica en relación con los cambios que se producen en el contexto complejo en el que se le interpreta, logrando mayor elasticidad en los sentidos para las normas que requieren interpretación; así, esa directiva se refiere al contexto de las relaciones y valoraciones sociales, en el que la norma fue dictada, es interpretada o será aplicada, que no pertenecen al contexto lingüístico o al sistémico.

[...]

Sobre este criterio funcional de interpretación, y en atención a su complejidad, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas ejemplifica que es el que permite atribuir el significado a una disposición, conforme a la naturaleza, finalidad o efectividad de una regulación, la intención del legislador, las consecuencias de la interpretación, la admisibilidad de ésta; el que tiene en cuenta la naturaleza y objetivo de la institución, los fines perseguidos por la ley o los valores que ésta protege”.¹⁴¹

Señalar los diversos métodos de interpretación resulta relevante porque éstos deberán utilizarse por el juzgador y operador jurídico, cuando el texto de la norma jurídica no es claro y es cuando hay necesidad de desentrañar su sentido, alcance, pero sobre todo, aplicabilidad o no, al caso concreto.

¹⁴¹ Tesis. I.4o.C.5 K (10a.), “CRITERIO O DIRECTIVA DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA FUNCIONAL.”, *Semanario Judicial de Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 33, Tomo IV, Agosto de 2016, p. 2532.

Este ejercicio resulta sumamente relevante en materia de control *ex officio* de derechos humanos, pues el mismo debe realizarse, justamente, cuando ante el operador jurídico surge la inquietud de determinar si se debe analizar una norma, a la luz del parámetro de regularidad constitucional o no, o si su aplicación puede llegar a ocasionar una vulneración a los derechos del destinatario de la decisión.

Hay sendos ejemplos de situaciones en donde una norma, aún y cuando sea válida, porque haya sido emitida por la autoridad competente y conforme al procedimiento establecido, contenga disposiciones violatorias de derechos humanos. Pero para saber si existe tal posibilidad o no, es indispensable que el operador jurídico conozca, en primer término, cuáles son los derechos humanos que conforman el parámetro de regularidad constitucional, pero sobre todo, cuáles han sido los precedentes, o las interpretaciones jurisprudenciales que se han hecho sobre los derechos correspondientes.

Una vez que logra detectar tal situación y el marco jurídico aplicable, debe saber cómo hacer el ejercicio de subsunción, para posteriormente explicar en su decisión, por qué toma la decisión que toma y para ello es necesario que conozca las diferentes teorías de la argumentación jurídica, a partir de las cuales, se plasmará en concreto, su ejercicio racional de reflexión ante el caso y la decisión que ha adoptado.

Es por ello que a continuación hacemos un repaso general de algunas de las teorías de la argumentación jurídica que hemos seleccionado, ya que tanto los métodos de interpretación, como las teorías de la argumentación jurídica, serán la materia prima con la que se desarrollará el resto de esta investigación.

II.2. La Argumentación Jurídica.

II.2.1. Argumentación.

Tomando en consideración al Diccionario de la Real Academia Española, Graciela Fernández Ruiz señala que la “*argumentación* es “la acción de argumentar”, *argumentar* significa “aducir, alegar, poner argumentos” y *argumento* es un “razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición, o bien para convencer a otro de aquello que se afirma o se niega”¹⁴², por lo que, al relacionar dicha acción con el derecho en lo general, y con la protección de los derechos humanos en lo particular, conforma lo que denominaremos: la argumentación jurídica aplicada al control *ex officio* de los derechos humanos.

A mayor abundamiento, Graciela Fernández Ruiz menciona que “el papel de la argumentación dentro del derecho se modifica según la concepción que de él se tenga; pues si bien los argumentos son la expresión de los razonamientos, son el objeto del estudio de la lógica jurídica”.¹⁴³

Asimismo, dicha autora refiere que la argumentación jurídica relativa a las decisiones judiciales tiene dos rasgos distintivos: su carácter práctico y su vinculatoriedad al derecho vigente¹⁴⁴. Las referidas características también son abordadas por Robert Alexy, que propone que la argumentación jurídica es una argumentación práctica general y que denomina la “teoría general del discurso práctico racional”.¹⁴⁵

¹⁴² Fernández Ruiz, Graciela, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 1. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11922>.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 98.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 104-106.

¹⁴⁵ Cfr. Rojas Amandi, Víctor, *La ética discursiva en las teorías del derecho de Habermas y Alexy*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 147-275. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3088/5.pdf>.

Para Manuel Atienza, las teorías de la argumentación jurídica tienen lugar en contextos jurídicos, por lo que distingue tres campos de lo jurídico en los cuales se realizan argumentaciones, que se sintetizan en lo siguiente:

El primer campo es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas, que a su vez tiene dos momentos, la prelegislativa, que es la que utiliza el autor de la iniciativa de ley o de reforma, derogación o abrogación de esta, para exponer sus razones o motivos que dan sustento a su propuesta; y la estrictamente legislativa, que es la que utilizan los órganos del Poder Legislativo para razonar porqué estiman procedente o improcedente, la propuesta del iniciante.

El segundo campo tiene que ver con la aplicación de las normas jurídicas para la resolución de casos, actividad que puede corresponder a un juez, a un órgano administrativo o incluso a un particular. En este campo también existen dos posibles escenarios, pues existen argumentaciones por situaciones de hecho o de derecho que se presenten durante el análisis del caso, por lo cual es habitual recurrir a los métodos de interpretación y por consecuencia, al explicar el o los métodos seleccionados, se debe argumentar el razonamiento utilizado para justificar la decisión.

El tercer campo es el de la dogmática jurídica, la cual tiene tres funciones, a saber, para suministrar criterios para la producción de derecho en las diversas instancias; para suministrar criterios en la aplicación del derecho, bien, para ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico.¹⁴⁶

Sin duda, para el presente trabajo, consideramos que la teoría de la argumentación desarrollada por Manuel Atienza resulta la más completa, ya que sistematiza los diferentes campos o ámbitos jurídicos en los que se requiere argumentar y ésta sería la más adecuada para utilizar en la capacitación que se brindará a todas las autoridades de este país, con la finalidad de que puedan

¹⁴⁶ Cfr. Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 1-2.

comprender que, en cualquier campo en el que se desarrollen, los actos que emitan como autoridad, deben estar razonados y debidamente argumentados.

Por su parte, Francisco Javier Ezquiaga es prolijo en explicar que la argumentación jurídica no es un mero ejercicio de interpretación sistemático, sino que es necesario explicar las fases de dicho ejercicio racional el cual comienza con la elección de la norma aplicable; la determinación de su significado; el cómo se prueban los hechos; la subsunción de los hechos en contraste con el texto de la norma y, finalmente la determinación de las consecuencias jurídicas de esos hechos por virtud de la norma elegida¹⁴⁷.

La parte más importante de la argumentación es el proceso racional que consiste en la motivación de las decisiones judiciales, una exigencia legal en la mayoría de los sistemas jurídicos, que sólo se entenderá cumplida cuando el aplicador presupone razones llamados argumentos, que justifiquen cada una de las decisiones adoptadas en el proceso de aplicación del derecho a un caso concreto.

Dicho proceso racional denominado subsunción ha sido materia de análisis por parte de varios teóricos, como veremos más adelante, que han oscilado desde afirmaciones simples como que la subsunción es una mera operación lógica consistente en aplicar la premisa mayor (que es la norma jurídica) a la premisa menor (que es el caso concreto) para obtener la decisión de un juez; hasta quienes han afirmado que dicho proceso lógico no es aplicable ni suficiente para los casos difíciles, pues en ellos puede suceder que la premisa mayor no resulte aplicable a la premisa menor o incluso, que para resolver el caso, ni siquiera haya una premisa mayor que prevea el hecho que hay que resolver, situación ante la cual se debe hacer tanto un ejercicio de interpretación, aplicando los métodos que referimos en apartados anteriores, como el histórico; el epistemológico o el *contrario sensu*, incluso quizá haciendo uso de los principios generales del derecho y por lo tanto,

¹⁴⁷ Cfr. Ezquiaga, Francisco Javier, "Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional", *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, p. 69. Consultable en: <https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/isonomia-revista-de-teoria-y-filosofia-del-derecho-3/html/p0000006.htm>.

es necesario que el juez utilice una motivación reforzada para explicar su decisión. Esa motivación reforzada es la argumentación jurídica.

Sin embargo, dicha argumentación no sólo se usa en la función judicial, sino que ésta se desarrolla en cualquier situación que supone la existencia de un conflicto por resolver e implicará la adopción de una decisión que se debe justificar a partir de dar razones. Por lo tanto, en la función legislativa, en la función ejecutiva y por supuesto, en la académica y dogmática, se utiliza la argumentación jurídica.

Por lo tanto, a continuación presentamos algunas de las teorías de la argumentación jurídica que hemos seleccionado, para exponer su relevancia como parte del ejercicio de control *ex officio* que deben realizar todas las autoridades de nuestro país, a quienes no sólo les corresponde identificar, si es llegado el caso, que ante una situación sometida a su consideración, existe un riesgo de violación a derechos humanos o si las violaciones se han concretado y, por consecuencia, cómo deben explicar su razonamiento y su decisión para proteger, promover, respetar y garantizar dichos derechos.

II.2.1.1. Antecedentes: Sócrates, Aristóteles, Platón y Cicerón.

Estos cuatro filósofos y oradores romanos fueron los primeros en plantearse la cuestión del conocimiento, del razonamiento y el cómo explicarlo, creando de esta manera las bases de la teoría de la argumentación, que hoy aplicamos a la ciencia del derecho.

Sócrates, por ejemplo, se enfocó en analizar cómo se generaba el conocimiento. Acudía al ágora, que era la plaza pública y conversaba con la gente a partir de lo cual decía se podía llegar al conocimiento absoluto, pero no sólo a través del uso del intelecto, sino, sobre todo, a partir de la práctica de la virtud, para llegar a la verdad.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Cfr. Gómez Santibáñez, Guillermo, *Sócrates y la actitud filosófica*, Centro de Investigación y de Estudios Latinoamericanos y Caribeños (CIELAC), Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Managua, 2017, pp. 1-6.

La manera de llegar a la verdad era mediante su esencia, la cual se obtiene a través de la inducción, que implica la observación de las características de una cosa de tal forma que por ejemplo, la verdad sobre una taza se construye de la observación de cómo se compone la taza (recipiente cilíndrico y agarradera) y esa será la verdad de la taza; y la expresión oral de dichas características, de lo cual deriva la definición de la taza.

El método socrático para llegar al conocimiento y obtención de la verdad partía de la ironía, que consistía en hacer ver a las personas su ignorancia ante la cosa; y de la mayéutica, que implica hacer que las personas se hicieran preguntas y se obligaran a encontrar respuesta para encontrar la verdad de la cosa.

Por lo tanto, el conocimiento se encuentra dentro de uno mismo y se llega a él reconociendo la ignorancia con la que contamos, de ahí surge su frase célebre “Yo solo sé que no sé nada”.

Luego entonces, el ejercicio de expresión oral es el antecedente que tenemos de la argumentación y como se ha explicado, se construye a partir de preguntas y respuestas para la obtención del conocimiento.

Platón fue discípulo de Sócrates al igual que Aristóteles y tuvo como mayor mérito el haber dejado plasmado el pensamiento Socrático, en sus Diálogos, mientras que en la obra *La República* “ofrece dos argumentos distintos para probar la existencia de Ideas: el argumento de los opuestos y el argumento de lo uno sobre lo múltiple”.¹⁴⁹

En este sentido, el filósofo Platón logró distinguir entre el conocimiento y la opinión, señalando:

“Quien conoce, conoce necesariamente algo que es (ti ... ón), porque es imposible conocer lo que no es... Si existe un ente que es y no es al mismo tiempo, intermedio (metaxý) entre el puro ser y el absoluto no ser, a él

¹⁴⁹ Di Camillo, S.G., *El argumento de los opuestos y el objeto del conocimiento en República V, X* Jornadas de Investigación en Filosofía del 19 al 21 de agosto de 2015, Ensenada, Argentina, 2015, p. 1, consultable en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.7595/ev.7595.pdf.

corresponde una forma de conocimiento intermedia entre el verdadero conocimiento y la ignorancia: la opinión (dóxa). La opinión no puede tener el mismo objeto que la ciencia...”¹⁵⁰

Lo relevante del pensamiento de Platón, para efectos de nuestra investigación, es reconocer que, dentro de la ciencia del derecho, quien la aplica, utiliza su opinión, su punto de vista y eso es justamente lo que plasma en su decisión. Sin duda hay reglas y principios en el derecho que no son sujetos de opinión. El principio *pro persona* sin duda, tiene el mismo significado para todo el campo jurídico, la diferencia está en cómo se aplica ese principio en un caso concreto y eso, definitivamente depende del operador jurídico al momento de tomar su decisión y explicarla.

Ahora bien, por cuanto hace a Aristóteles, lo más relevante de su teoría para la argumentación jurídica la podemos resumir en:

“El papel de la lógica como instrumento de todo conocimiento... La función asignada a la retórica, en tanto arte auténtico del habla y facultad de considerar en cada caso lo que cabe para persuadir... La relevancia de los *topoi* o lugares comunes en los que el orador encuentra las bases o los elementos de su argumentación... La importancia dada a la disposición de las partes de un discurso, integrada por el exordio, en la que el orador trata de ganar su público, la narración, que es el acto de contar la historia, la demostración o presentación de los argumentos y el epílogo o conclusión del discurso.”¹⁵¹

Para Aristóteles, hay tres dimensiones en las que se utiliza el discurso: el deliberativo, el judicial y el demostrativo. Para la ciencia del derecho, los tres ámbitos son importantes, aunque le daremos mayor peso en esta investigación al discurso judicial, pues son los jueces de nuestro país quienes hoy por hoy, derivado de la obligatoriedad de la jurisprudencia, quienes han venido ejerciendo el control

¹⁵⁰ *Ibidem.* p. 4.

¹⁵¹ Suárez Romero, Miguel y Conde Gaxiola, Napoleón, *Argumentación Jurídica, en Cuadernos de Trabajo, Seminario de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho UNAM, México, 2015. p. 38.

ex officio de los derechos humanos y por consecuencia, son a quienes tomaremos como referencia, para establecer los parámetros que se deben aplicar para aplicar dicho control.

Finalmente, Cicerón es uno de los personajes “más importantes en la construcción de la retórica. Él representa la conjunción de la práctica oratoria con la reflexión teórica y la sistematización de este arte... A él se debe la figura del orador ideal, y la idea de que en el discurso se debe enseñar, también conmover y finalmente agradar”.¹⁵²

La función de argumentar justamente consiste en ir sistematizando la teoría con la práctica, el ejercicio de subsunción de la norma al caso concreto, la explicación de cómo el hecho se ajusta al supuesto normativo y sobre todo, porque produce las consecuencias jurídicas que se prevén en la decisión. Por eso es que la retórica jurídica, no es mera persuasión, implica un ejercicio más allá de la oratoria para darle peso racional y sistemático a las palabras.

Convencer no es el único objetivo, sino dar razones de peso que den sustento a una decisión y cuando una autoridad considere que existe un riesgo de que se violen derechos humanos o bien, que al analizar una situación, estima que dicha violación se ha actualizado, tiene que explicar el porqué de su conclusión, en qué norma, regla o principio basa su estimación y cómo es que al hacer un ejercicio de control de oficio, a la luz del parámetro de regularidad constitucional, adopta su decisión para reparar la violación ocasionada o bien, para evitarla.

II.2.1.2. Theodor Viehweg. La Tópica Jurídica.

Para Viehweg, un problema es “Toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que

¹⁵² *Ibidem*, p. 40.

hay que buscar una respuesta como solución”¹⁵³, por lo que la tónica debe ser una solución al problema.

Bajo este orden de ideas, Viehweg señala que el modelo tónico (inspirado en la teoría de Aristóteles de los *topoi*) de jurisprudencia, se basaría en tres presupuestos, a saber:

“La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema (...); Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él; Los conceptos y proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema”.¹⁵⁴

Por su parte, Manuel Atienza, analizando los argumentos planteados por Theodor Viehweg, señala que:

“Viehweg caracteriza a la tónica mediante tres elementos, que por lo demás, aparecen estrechamente conectados entre sí (...) por un lado, la tónica es, desde el punto de vista de su objetivo, una técnica del pensamiento problemático; por otro lado, desde el punto de vista del instrumento con que opera, lo que resulta central es la noción de *topos o lugar común*; finalmente, desde el punto de vista del tipo de actividad, la tónica es *una búsqueda y examen de premisas*: lo que la caracteriza es que consiste en un modo de pensamiento en que el acento recae sobre las premisas, más bien que sobre conclusiones”.¹⁵⁵

Es así, que los tónicos versan sobre premisas que son la materia prima de la argumentación jurídica; no obstante, como los tónicos no están jerarquizados entre

¹⁵³ Viehweg, Theodor, *Tónica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez-Picazo, Taurus, Madrid, 1964, p. 50.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 129 y 130.

¹⁵⁵ Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 146, pp. 33-34.

sí, su uso conllevaría a diferentes resultados; tal multiplicidad de opciones da lugar a que exista un problema.

Aunado a lo anterior, Manuel Atienza indica que: “lo que Viehweg propone no es modificar, sino conservar el pensamiento tópico que cabe encontrar en la jurisprudencia”¹⁵⁶ y con ello, explicar cómo se puede aplicar a los casos concretos.

Lo importante de la teoría de Viehweg para nuestra investigación, es que justo a partir de la jurisprudencia es como se ha ido construyendo la teoría del control *ex officio* de los derechos humanos, los tópicos que se han generado alrededor de ello, como las nociones de control de convencionalidad; control de constitucionalidad; bloque de constitucionalidad; parámetro de regularidad constitucional, entre otros, son necesarios e indispensables para entender cómo una autoridad de un Estado puede garantizar los derechos humanos de sus habitantes. Incluso la distinción entre derecho humano y derecho fundamental se ha construido a la luz de la jurisprudencia, más que de la dogmática jurídica.

Por eso tomamos como referencia a este autor, para analizar las teorías de la argumentación jurídica, pues como veremos a lo largo de esta investigación, a través de los precedentes de la jurisprudencia interamericana y de la nacional, será de donde iremos obteniendo los elementos del control *ex officio*, su alcance y aplicación.

II.2.1.3. Chain Perelman. La concepción retórica.

Chain Perelman define la nueva retórica como “el estudio de las técnicas discursivas que tratan de provocar o acrecentar la adhesión a tesis presentadas a un determinado auditorio”¹⁵⁷, en tal conceptualización, se desprenden dos elementos importantes: la adhesión y el auditorio. Para argumentar se elabora un discurso, con el objeto de lograr la adhesión de un auditorio, pero, para que se pueda alcanzar esa interacción es necesario un lenguaje común que pueda comunicarse el orador con el

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 42.

¹⁵⁷ Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, p. 151.

auditorio, este debe conocer la realidad, la cultura y el contexto de su auditorio para lograr su convencimiento.

A su vez, Perelman considera el auditorio como un conjunto de participantes sobre los que la persona oradora quiere influir por medio de la argumentación, a fin de obtener la persuasión y convencimiento; que son dos cuestiones distintas. En la primera, la pretensión deriva de persuadir a un auditorio particular, mientras que convencer se enfoca a un auditorio universal; es aquí donde, Perelman nos habla de la fuerza del argumento, los argumentos que logran el acuerdo del auditorio universal son válidos, y los argumentos que logran el acuerdo del auditorio particular son eficaces.

Al respecto, Manuel Atienza refiere que:

“parte de la distinción entre razonamientos analíticos o lógico formales, por un lado, y razonamientos dialecticos o retóricos, por el otro, y sitúa a su teoría de la argumentación (...) Su objetivo fundamental es el de ampliar el campo de la razón más allá de las ciencias deductivas y de las inductivas o empíricas, para poder dar, cuenta de los razonamientos que se presentan (...). Lo que a él le interesa, concretamente, es la estructura, la lógica, de la argumentación”.¹⁵⁸

En este sentido, el razonamiento lógico-deductivo o demostrativo, conlleva que de las premisas se llegue a la conclusión, pero solo sí, éstas son efectivas, también lo será la conclusión, la teoría de la retórica se basa en la oratoria, en la importancia que se le dará a determinado auditorio a efecto de persuadirlo, esa inclinación respecto a establecer de manera razonable una determinación o decisión.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 47.

Al tenor de lo anterior, cabe precisar que Manuel Atienza señala que:

“en la argumentación se pueden distinguir tres elementos: el discurso, el orador y el auditorio (...); sin embargo, la clasificación más importante de tipos de argumentación que efectúa Perelman se basa en la distinción entre la argumentación que tiene lugar ante el auditorio universal, la argumentación ante un único oyente (el dialogo) y la deliberación con uno mismo”.¹⁵⁹

De lo anterior, surge el auditorio universal y auditorio particular, mientras que el primero se dirige a la sociedad con la finalidad de lograr el convencimiento; el segundo es hacia un auditorio concreto y determinado intentando lograr la persuasión.

La retórica es una disciplina en distintos campos de conocimiento que se ocupa de estudiar y de sistematizar procedimientos, así como técnicas del uso del lenguaje, con una finalidad persuasiva y que actúan en la construcción de un discurso, ya que, los elementos estrechamente relacionados entre sí repercuten en los distintos ámbitos discursivos.

La noción de fuerza de un argumento central para la teoría de la argumentación dependería de diversos factores, como la intensidad de la aceptación por un auditorio, la relevancia del argumento para los propósitos del orador y del auditorio, la posibilidad de ser objetado, hasta qué punto el auditorio admite ciertas creencias que permitirían contradecir el argumento y las reacciones para ser considerado jerárquicamente superior.¹⁶⁰

La adhesión del auditorio es posible en la medida en que el locutor construya el discurso desde un lenguaje común al auditorio, tal cual se considera esencial toda vez que, el discurso resulta eficaz si se adapta al auditorio que pretende convencer;

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 49.

¹⁶⁰ Cfr. Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 146, p. 67.

por lo que, a través de un criterio basado en la argumentación razonada y objetiva, se puede persuadir al auditorio universal.

Asimismo, Perelman realiza una distinción entre demostrar y argumentar, por lo que conviene señalar que el Diccionario de la Real Academia Española define demostrar como “Mostrar, hacer ver que una verdad particular está comprendida en otra universal de la que se tiene entera certeza”¹⁶¹ y argumentar como “aducir, alegar, dar argumentos”¹⁶²; sin embargo, para Perelman “demostrar” es deducir una fórmula a partir de axiomas (principios) claramente definidos por las reglas de la inferencia; sin embargo, puede ser correcto o no, su validez es independiente del criterio del público.

Esto quiere decir, que la demostración radicaría en que esa verdad se encuentre reconocida por reglas apartadas del punto de vista del auditorio, es decir, independientemente que los argumentos sean incorrectos o correctos, mientras que la argumentación sólo avanza por la adhesión del auditorio a las premisas y pruebas formuladas por el orador, de ahí que, la distinción entre argumentación y demostración supone a que la primera atiende a las razones, y la demostración, en cambio, a las reglas.

La argumentación se divide en premisas y técnicas argumentativas, que consisten en:

- A) Premisas: Son aquellos objetos de acuerdo que se transforman en el punto de partida de los argumentos, que a su vez se dividen en:
- 1.- Las que se refieren a lo real: hechos y verdades, así como presunciones.
 - 2.- Las que se refieren a lo preferible: valores, jerarquías y premisas de tipo general que pueden servir para la fundamentación de valores y jerarquías.

¹⁶¹ *Diccionario de la Real Academia Española*, edición del Tricentenario, actualización 2021. Consultable en: <https://dla.rae.es>.

¹⁶² *Ídem*

Debido a lo anterior, son elementos que deberán tomarse en consideración como un punto para iniciar la argumentación, considerando los valores y su jerarquía en una comunidad.

B) Técnicas de Argumentación, se dividen en:

1) Por asociación: que se subdividen en: a) argumentos cuasi-lógicos, cuya fuerza radica en su semejanza con inferencias lógicamente válidas y b) argumentos que fundamentan la estructura de lo real, que se refieren al caso particular con la finalidad de generalizar y proponen analogía entre una cosa y otra.

2) Por disociación: Los que descomponen una unidad en sus elementos separándolos, de tal forma que por medio de la argumentación se logra que los conceptos se modifiquen posibilitando soluciones completamente nuevas.¹⁶³

La teoría de Perelman nos resulta útil para explicar otra forma de argumentar. Si bien en apartados anteriores hemos asegurado que la argumentación parte del uso de las reglas de la lógica y que, por consecuencia, se basa en premisas, como lo explica este autor, lo relevante tiene que ver con las técnicas argumentativas que propone por asociación o por disociación, que en concreto, se refiere al ejercicio de subsunción al que nos hemos venido refiriendo. Para este autor es por asociación o por disociación.

Esto es relevante porque como hemos dicho, en los casos fáciles no tiene mayor complejidad el ejercicio de argumentar. Normalmente se hará por asociación, entre lo descrito por la norma jurídica, al establecer el supuesto jurídico, y el hecho al que resultará aplicable esa norma para llegar a la decisión. Sin embargo, cuando el caso es complejo y el ejercicio de asociación no es posible, definitivamente el ejercicio de argumentación deberá hacerse a partir de la técnica de la disociación, para descomponer el hecho en sus partes, evaluar cuáles normas pueden resultar aplicables, o bien, principios generales de derecho e incluso valoraciones éticas que

¹⁶³ Cfr. Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 146, pp. 53-60.

permitan arribar a un resultado que logre convencer al auditorio universal, pues las sentencias que guardan relación con los derechos humanos, no se deberán medir por su eficacia, sino porque aporten razones que puedan ser aceptadas por toda la sociedad.

II.2.1.4. Stephen E. Toulmin. Estructura de los argumentos.

Toulmin considera que el argumento “es similar a un organismo. Tiene al mismo tiempo una estructura anatómica grande y tosca y otra, por así decirlo, fisiológica y más delicada”.¹⁶⁴

Por su parte, Manuel Atienza expresa que el punto de partida de Toulmin consiste en:

“la constatación de que uno de los modos de comportamiento lo constituye la práctica de razonar, de dar razones a otros a favor de lo que hacemos, pensamos y decimos (...) El uso argumentativo, por el contrario, supone que las emisiones lingüísticas fracasan o tienen éxito, según puedan apoyarse en razones, argumentos o pruebas”.¹⁶⁵

Además, dicho autor hace una reflexión bastante interesante respecto a la argumentación tocante a que:

“la lógica tiene que ver como los hombres piensan, argumentan e infieren de hecho y constata, al mismo tiempo, que la ciencia de la lógica se presenta como una disciplina autónoma (...) el término de argumentación se usa para referirse a la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones, refutando esas críticas, etc.”¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Toulmin, Stephen, *Los usos de la argumentación*, trad. de María Morrás y Victoria Pineda, Barcelona, Ediciones Península, 2007, p. 129.

¹⁶⁵ Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 146, p. 83.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 83 y 84.

En este sentido, se puede señalar que la teoría de Toulmin se basa en el campo de la argumentación a partir de lo siguiente:

“Se dice que dos argumentos pertenecen al mismo campo cuando los datos y las conclusiones en ambos argumentos son, respectivamente, del mismo tipo lógico; se dice que proceden campos diferentes cuando el fundamento (respaldo) o las conclusiones en ambos argumentos no son del mismo tipo lógico (...) no se trata de comparar el grado de rigor entre los estándares que empleamos al criticar los argumentos en campos diferentes, sino de ver hasta que punto hay estándares comunes aplicables en la crítica de argumentos procedentes de campos diferentes.”¹⁶⁷

Bajo este tenor, Manuel Atienza precisa que conforme a esta teoría se distinguen cuatro elementos del argumento:

“la pretensión C (*de claimt*), las razones G (*de grounds*), la garantía W (*de warrant*) y el respaldo B (*de backing*) de presentar las razones a favor de una pretensión; la pretensión es el punto de partida como el punto de destino, las razones son los hechos específicos del caso, cuya naturaleza varía con el tipo de argumentación de que se trate y los enunciados generales que autorizan dicho paso constituyen la *garantía* del argumento, que su naturaleza depende del tipo de argumento de que se trate, de manera que podrá consistir en una regla de experiencia, en una norma o en principio jurídico, en una ley de naturaleza. Cuando resulte necesario mostrar que la garantía resulta válida y relevante, el proponente tendrá que mostrar que su garantía es superior a cualquier otra y por ello debe indicar el campo general de información o de respaldo que está presupuesto en la garantía aducida y que varía según el tipo de argumento (...) el respaldo puede expresarse en la forma de enunciados categóricos sobre hechos. La garantía no es, por tanto, una simple repetición de los hechos registrados en el respaldo, sino que tiene un carácter práctico, muestra de qué manera se puede argumentar a partir de tales hechos. Por

¹⁶⁷ Toulmin, Stephen, *op. cit.*, nota 164, pp. 33 y 34.

otro lado, aunque tanto el respaldo como las razones se refieran a hechos, se distinguen entre sí, entre otras cosas, porque mientras que siempre se necesita alguna razón para poder hablar de argumento, el respaldo solo se hace explícito, si se pone en cuestión la garantía.”¹⁶⁸

Toulmin hace mención que el término *razonamiento* es “la actividad central de presentar las razones a favor de una pretensión, así como para mostrar de qué manera esas razones tienen éxito en dar fuerza a la pretensión”.¹⁶⁹ Y como se estableció en líneas precedentes la pretensión apoya en ciertas cuestiones o condiciones excepcionales que constituyen elementos de discusión.

La teoría de Toulmin, que sin duda resulta relevante para la argumentación jurídica, resulta más bien útil para quien actuará en calidad de peticionario o justiciable que reclame se le protejan debidamente sus derechos humanos, pues deberá justificar su tesis, su pretensión o demanda para lograr convencer a la autoridad de que es necesaria su intervención y el ejercicio de sus facultades de control de regularidad constitucional.

Como veremos en el capítulo relativo al desarrollo del concepto de control *ex officio*, en la jurisprudencia nacional, parece que los criterios mexicanos se han decantado mucho por la teoría Toulminiana, pues han llegado al absurdo de que para que se ejerza el control *ex officio* -que por definición se debe ejercer de oficio- los peticionarios deben no sólo demostrar su razón de pedir, sino explicitar cómo es que el acto de autoridad o la norma que les pretende ser aplicada, les violenta sus derechos humanos y las normas convencionales o del parámetro de constitucionalidad, que estiman vulneradas. De no demostrar su pretensión, según estos criterios de jurisprudencia, el juzgador no tiene porqué verificar si hay violaciones a sus derechos o no y mucho menos, argumentar nada al respecto. Esa postura es contraria al estándar internacional, como veremos también en el capítulo que desarrolla la jurisprudencia interamericana, sin embargo, por ahora baste sólo

¹⁶⁸ Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 146, pp. 84-86.

¹⁶⁹ Toulmin, Stephen, *et al. An Introduction to Reasoning*, 2ª ed., Nueva York, MacMillan, 1984, p. 14.

señalar que por las posturas teóricas que resaltan la relevancia de la pretensión o demanda, fue que se consideró necesario citar la teoría de Toulmin.

II.2.1.5. Neil MacCormick.

Neil MacCormick precisa en su obra *“Legal Reasoning and Legal Theory”* que, en contextos prácticos, los argumentos generalmente van encaminados a persuadir, pues están dirigidos a una audiencia específica con el objetivo de que la misma haga algo. En este sentido, a juicio de dicho autor, dentro la argumentación subyace una función, al menos, de justificación.¹⁷⁰

Respecto de la postura de MacCormick, Manuel Atienza señala que:

“la argumentación práctica en general y la argumentación jurídica en particular cumple esencialmente una función de justificación, la función justificadora está presente incluso cuando la argumentación persigue una finalidad de persuasión, pues solo se puede persuadir si los argumentos están justificados, si están en conformidad con los hechos establecidos y con las normas vigentes (...) justificar una decisión jurídica quiere decir, pues, dar razones que muestren que las decisiones en cuestión aseguran la justicia de acuerdo con el derecho”.¹⁷¹

En virtud de lo anterior, la argumentación cumple una función de justificación, esto quiere decir que existe una corresponsabilidad con los hechos, evidencias fácticas y las normas del derecho positivo. MacCormick considera que, al menos en algunos casos, las justificaciones que llevan a cabo los jueces son de carácter estrictamente deductivo y advierte que la lógica establece la obligación del juez de fallar en el sentido indicado; es decir, la orden de un juez o de un tribunal que condena a una parte, es precisamente un razonamiento lógico- deductivo.

¹⁷⁰ “Arguments in practical contexts are usually advanced in order to persuade; they are aimed at a particular audience with a view to persuading that audience to do something; [...] Underlying the practical aim of persuasion there is, it appears to me, a function of justification, at least ostensible justification. [...]” MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Law Series, Oxford, 1994, online edn, Oxford Academic, 22 Mar. 2012.

¹⁷¹ Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 146, pp. 107-108.

Para Manuel Atienza, según MacCormick, las reglas de derecho adjetivo que reglamentan la carga de la prueba colocan:

“de manifiesto la relevancia que tiene la lógica deductiva para la justificación de las decisiones jurídicas, la razón de ello, es que de una norma de la forma supuesto de hecho debe seguir las consecuencias jurídicas y sí el supuesto de hecho no ha sido probado, no se sigue lógicamente nada y al inferir que no deben seguirse las consecuencias jurídicas debe ser absuelto, resultando necesario añadir la premisa que si no se da el supuesto de hecho, no deben seguirse las consecuencias jurídicas, que es la regla de la carga de la prueba que el juez toma en consideración”.¹⁷²

Esta postura de MacCormick queda muy limitada, pues por ejemplo en México, quedaría muy restringida a las materias de estricto derecho, o las del derecho punitivo, en donde, si no hay supuesto que se ajuste exactamente al hecho que éste describe, entonces no se puede aplicar. Es como el principio *nulla pena sine lege*, que es perfectamente válido en protección de los derechos humanos de los procesados, pero en otros casos que admiten suplencia de la queja, como la familiar, la agraria, sobre todo en protección de los menos favorecidos, es menester acudir, no sólo a la jurisprudencia, como fuente del derecho, sino incluso a principios generales del derecho, a interpretaciones históricas, epistemológicas, para poder brindar justicia a las partes.

Según MacCormick, un primer presupuesto es que el juez tiene el deber de aplicar las reglas del derecho válido; sin entrar en la naturaleza de dicho deber, lo que parece que la justificación deductiva se produce en el contexto de razones inferiores que justifican la obligación de los jueces en cuestión y que, en ocasiones pesan más que el deber de hacer justicia. El segundo presupuesto es que el juez puede identificar cuáles son las reglas válidas, lo que implica aceptar que existen criterios de reconocimiento compartidos por los jueces.

¹⁷² *Ibidem*, p. 111.

Con base en lo anterior, si bien la teoría de MacCormick es útil para explicar la función judicial, su visión es verdaderamente limitada, máxime en la aplicación del control *ex officio* cuya función principal es detectar si las normas que rigen un caso son acordes al parámetro de regularidad constitucional, lo cual permite a los jueces, tanto naciones, como interamericanos, incluso, dotar de contenido los derechos humanos abstractamente previstos en la norma. Si utilizamos la teoría MacCormikiana, resultaría verdaderamente imposible hablar de que las Cortes pueden dotar de contenido un derecho, es más, su función interpretativa prácticamente no existiría. Sin embargo, por su relevancia en la teoría jurídica contemporánea es que creímos necesario y útil, exponerla.

II.2.1.6. Jürgen Habermas.

Uno de los autores que basan su postura respecto a la teoría del discurso es Habermas, así como, Toulmin y Perelman, quienes según Manuel Atienza se parte de “un concepto amplio de razón, lo cual le permite sostener la tesis de que las cuestiones prácticas pueden decidirse racionalmente”.¹⁷³

Habermas considera que en el discurso argumentativo “se muestran estructuras de una situación de habla que se encuentra inmunizada de forma especial contra la represión y la desigualdad: se presenta como una forma de la comunicación suficientemente próxima a las condiciones ideales”.¹⁷⁴

En virtud de lo anterior, la teoría de Jürgen Habermas resulta para Manuel Atienza:

“una pragmática universal que trata de reconstruir los presupuestos racionales implícitos en el uso del lenguaje. Según Habermas, en todo acto de habla (afirmaciones, promesas, mandatos, etc.) dirigido a la comprensión mutua, el hablante erige una pretensión de validez, es decir, pretende que lo dicho por él es válido o verdadero en un sentido amplio (...) En los actos de habla

¹⁷³ Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 146, p. 150.

¹⁷⁴ Habermas, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Ediciones Península, Barcelona, 1985, p. 112.

constatativos (como afirmar, referir, narrar, explicar, predecir, negar, impugnar) el hablante pretende que su enunciado es verdadero. En los actos de habla regulativos (como los mandatos, las exigencias, las amonestaciones, las excusas, las recomendaciones, los consejos), lo que se pretende es que lo mandado, exigido, etc. es correcto. En los actos de habla representativos (como revelar, descubrir, admitir, ocultar, despistar, engañar, expresar) se pretende que lo que se expresa es sincero o veraz (...) en los actos de habla consensuales (los que tienen como meta la obtención de un consenso o acuerdo) se presupone el reconocimiento recíproco de cuatro pretensiones de validez”.¹⁷⁵

Habermas menciona que “la base de validez de la comunicación que busca el entendimiento, un hablante puede conseguir mover al oyente a aceptar su acto del habla, obteniendo con ello un efecto de enlace asegurado para la prosecución de la comunicación en la medida en que ofrezca la garantía para la realización de una pretensión de validez”¹⁷⁶.

Por su parte, Manuel Atienza refiere que las pretensiones de validez de Habermas:

“se vinculan con cada acto de habla se aceptan de forma más o menos ingenua. Pero esas pretensiones pueden ser también problematizadas, y cuando lo que se problematiza son las pretensiones de verdad o de corrección se produce el paso desde la acción (la acción comunicativa) a lo que Habermas llama el discurso. El hablante tiene que dar razones para tratar de fundamentar el hecho de que sus aseveraciones son verdaderas (discurso teórico) o de que una determinada acción o norma de acción es correcta (discurso práctico).¹⁷⁷

¹⁷⁵ Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 146, p.152.

¹⁷⁶ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 174, p. 79.

¹⁷⁷ Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 146, pp. 152 y 153.

De ahí que se arribó a la conclusión que Habermas consideró la argumentación del discurso como una serie de actos de habla, es un tipo de interacción, de comunicación.

Ciertamente la comunicación correcta o también llamada asertiva es sumamente necesaria en la función judicial que debe aportar a los justiciables, razones válidas y basadas en premisas verdaderas. Un juez que arriba a conclusiones que pueden ser estimadas válidas, porque se fundamentan en la norma vigente, pueden no ser ciertas, si las premisas de las que parte o los hechos en los que se fundamenta, son falsos.

También, el discurso que se utiliza para justificar una decisión, por ser un acto de comunicación, debe buscar ser claro y práctico, para que sea fácilmente entendible para sus destinatarios, por ellos es que esta teoría se ha considerado importante citarla, sobre todo cuando lleguemos al análisis de los casos prácticos sobre control *ex officio*, podremos verificar que muchas de las sentencias se basan en premisas falsas, que parten de interpretaciones que no se ajustan al estándar internacional, sobre todo para sostener la permanencia de una restricción constitucional.

II.2.1.7. H.L.A. Hart.

Herbert Lionel Adolphus Hart es quizá el máximo exponente de la Teoría del Derecho de la Posguerra. Su libro "*El concepto del derecho*" representó un adelanto en las teorías positivistas del derecho. Sus teorías se vieron directamente influenciadas por los teóricos de la filosofía analítica o lingüística inglesa tales como J. Austin y Wittgenstein.¹⁷⁸

Justamente fue Austin quien detonó el estudio de la teoría del derecho elaborada por Hart, pues para Austin el derecho no era más que el conjunto de normas respaldadas por amenazas que obligaban a su cumplimiento de forma

¹⁷⁸ Cfr. Orrego Sánchez, Cristóbal, "*Antecedentes iusfilosóficos del concepto de derecho de H. L. Hart*", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Número 84, Año XXVIII. Consultable en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3391/3945>.

coactiva, tal como un asaltante sometía a su víctima a sus mandatos so pena de realizar algún acto contra su persona. Estos postulados propiciaron las críticas de Hart, para quien una definición de derecho tan limitada como la presentada por Austin, no permitía incluir a aquellas reglas de bagaje diferente, tales como las que otorgaban poderes o facultades para celebrar actos o contratos, o bien, para modificar las reglas existentes.

Hart afirma directamente que los problemas fundamentales de toda teoría del derecho se deben a tres cuestiones que surgen cuando se intenta definir ¿qué es el derecho?:

- I. Las relaciones entre derecho y moral, o entre la obligación jurídica y la obligación moral;
- II. Las relaciones entre el derecho y la pura coacción; y
- III. El problema del concepto de las reglas, la determinación de en qué medida el derecho consiste en reglas y de qué tipo son esas reglas jurídicas.

Por otro lado, Hart señala que el concepto de derecho está “basado en un modelo simple de reglas... que son... un conjunto de pautas o criterios de conducta.... basado en el esquema orden-obediencia”¹⁷⁹. En ese sistema de reglas complejo coexisten 2 tipos de reglas:

- I. Reglas primarias o que imponen deberes: representan el tipo básico de las reglas del sistema jurídico. Son pautas o criterios de comportamiento que indican cómo deben o no deben, o cómo pueden comportarse en determinadas situaciones los miembros de la sociedad. Por lo tanto, sirven como fundamento para reclamaciones, demandas, reconocimientos, censuras o castigos relacionados con esos deberes.
- II. Reglas secundarias o que confieren poderes: son reglas acerca de las reglas primarias y su función puede comprenderse a partir del concepto de derecho. Tienen como función:

¹⁷⁹ Calvo García, Manuel, *Los Fundamentos del Método Jurídico. Una revisión crítica*. Tecnos, S. A. Madrid, España. 1994. p. 150.

- Poner remedio a cualquier posible incertidumbre o falta de certeza sobre la existencia o alcances de las reglas del sistema jurídico;
- Institucionalizar la producción normativa facilitando la creación y revisión de las reglas del sistema jurídico, y
- Corregir o poner remedio a los posibles supuestos de ineficacia de las obligaciones jurídicas que originaría un sistema de presión social.

Según Hart, lo que le da lógica y coherencia al sistema de reglas, es lo que él denomina la regla de reconocimiento, la cual “es la que permite establecer con certeza cuáles son las normas del sistema jurídico y fijar cuál es su alcance”¹⁸⁰.

La diferencia de esta regla de reconocimiento de Hart a la regla fundante de Kelsen¹⁸¹, es que para Hart lo que le daba validez la regla de reconocimiento era la aceptación social que tenía dentro de un grupo determinado: “Todo lo que hay, por detrás de los claros hechos verificables de la conducta del grupo y de la reacción predecible ante la desviación, son nuestros poderosos ‘sentimientos’ que nos compelen a comportarnos de acuerdo con la regla y a actuar contra aquellos que no lo hacen...”¹⁸². La teoría pura del derecho Kelseniana trata de situar como objeto al derecho, sin embargo, la norma fundante, que es la primigenia fuente jurídica, no puede ser estudiada de forma aislada, requiere de la aplicación de otras disciplinas como la antropología, la sociología, entre otras.

Para evitar que se realizara una apología entre la regla de reconocimiento propuesta por él y la norma fundante de Kelsen, Hart advirtió “la regla de reconocimiento no es, como lo es la norma fundamental de Kelsen, un mero postulado o hipótesis de la teoría del derecho, sino que tiene la naturaleza de una

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 151.

¹⁸¹ Para Kelsen, la norma fundante básica (*Grundnorm*) es “una norma suprema que tiene que ser *presupuesta*, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez”. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 12ª ed., traducción de Roberto J. Vemengo, Porrúa, México, 2002. p. 202.

¹⁸² Hart, H.L.A., *El concepto del derecho*, Aledo Perrot, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Argentina, 1963, p. 14.

regla consuetudinaria realmente seguida por las agencias de aplicación del sistema jurídico.”¹⁸³

Por lo anterior, se puede afirmar que la regla de reconocimiento de Hart no es una regla presupuesta, sino aquella que debe ser reconocida por quienes aplican el derecho como la regla máxima, lo que implica que su existencia se da de hecho y tiene una connotación jurídico-social.

De igual forma, Hart distingue la existencia de otros dos tipos de reglas adicionales a las citadas:

- III. Reglas de cambio: Son aquellas reglas secundarias que establecen cuáles son los procedimientos válidos para introducir o modificar las normas jurídicas; y
- IV. Reglas de adjudicación: También llamadas reglas de aplicación que son aquellas que institucionalizan medios y procedimientos para afrontar la posible ineficacia coyuntural de las reglas primarias de obligación y “son las que permiten la modificación de las reglas primarias, las que confieren poderes y potestades, y las que facultan a la autoridad para su aplicación a un caso concreto.”¹⁸⁴

A partir de las reglas de adjudicación, Hart considera que el derecho tiene una “textura abierta que... implica un cierto margen de apreciación”¹⁸⁵ en aquellos casos en que las reglas no son claras o dejan resquicios que posibilitan la interpretación.

“en la amplia mayoría de los casos que se ventilan ante los tribunales, ni las leyes ni los precedentes de los que, según se pretende, están contenidas las reglas, que permiten un único resultado. En los casos más importantes hay siempre una elección. El juez tiene que optar entre posibles significados

¹⁸³ Calvo García, Manuel, *op. cit.*, nota 179, p. 151.

¹⁸⁴ Montero Olmedo, Jimi Alberto, *Derecho y Moral, Estudio Introductorio*, Facultad de Derecho UNAM, México, 2011, p. 189.

¹⁸⁵ *Ibidem.* p. 147.

alternativas de las palabras de una ley, o entre interpretaciones discrepantes de qué es lo que “expresa” un precedente... Sin embargo, todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas...”¹⁸⁶

Asimismo, al desarrollar su teoría, Hart encontró que:

“entre los problemas que el derecho enfrenta con el lenguaje, está el que el derecho como reglas se expresa con las voces coloquiales, queda atrapado en el lenguaje ordinario; esto aun cuando se exija un vocabulario especializado. De allí que la vaguedad propia de los lenguajes le sea inherente al derecho, lo que denomina la textura abierta del lenguaje”¹⁸⁷ y “en este plano se aprovecha la textura abierta del lenguaje de las reglas jurídicas y las morales”.¹⁸⁸

En primer lugar, porque las reglas jurídicas no están destinadas a personas en particular, sino a grupos de personas o cosas; y en segundo lugar porque permanecen vigentes durante periodos de tiempo muy largo que en ocasiones no permiten prever situaciones que no existían en el momento en que fueron creadas.

Es así que, para Hart, es en los casos difíciles en los que se puede denotar más evidentemente esas vaguedades de las reglas, por lo cual en la decisión de los mismos “existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada. Cuando la regla aplicable es imprecisa, el juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opción que estime adecuada”¹⁸⁹

¹⁸⁶ Hart, Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.*, nota 182, p. 15

¹⁸⁷ Montero Olmedo, Jimi Alberto, *op. cit.*, nota 184, p. 54.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 59.

¹⁸⁹ Rodríguez, César, *Teoría del derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin*, Estudio preliminar en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Universidad de los Andes. Siglo del Hombre Editores. Bogotá, Colombia, 2002. p. 34.

La postulación de la discrecionalidad judicial es el punto más álgido de la teoría de Hart, pues como veremos en el siguiente autor que es Ronald Dworkin, es imposible pensar que el juez, a partir de sus decisiones, pueda legislar y crear nuevo derecho.

La postura de la argumentación de Hart, es sin duda la que prevalece en la función de los tribunales al realizar control *ex officio* de los derechos humanos, sobre todo de las cortes internacionales, que han demostrado en los últimos años que por vía de la interpretación, pueden llenar de contenido los derechos humanos y han incluso derivado nuevos derechos secundarios, de los llamados derechos de primera generación.

Dicha función hoy por hoy guarda un debate, incluso al interior del Comité Jurídico de la Organización de Estados Americanos, cuya discusión se ha centrado en criticar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por crear nuevas obligaciones a los Estados parte, a partir de la interpretación que hace en sus sentencias. El cuestionamiento directo es si los jueces han asumido una función legislativa, más allá de la voluntad soberana de los Estados y por dicho debate es que estimamos indispensable que como parte de esta investigación, se expusiera *grosso modo* la teoría de Hart.

II.2.1.8. Ronald Dworkin.

Dworkin trata de demostrar que aún y cuando ninguna norma establecida resuelve el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo, por lo que no deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes.

La función judicial sigue sujetándose a la legislación; sin embargo, los jueces deben de aplicar otros elementos que dispongan del derecho sin limitarse únicamente a la norma; toda vez que, no cumple con la función que como intérpretes debe de ser; puesto que, en ocasiones son únicamente aplicadores de la norma. En

consecuencia, Dworkin difiere que, aunque el juez funja como legislador y cree derecho, tiene que buscar una solución al caso difícil concreto, garantizando los derechos individuales.

Bajo este orden de ideas, Dworkin señala una distinción entre argumento de principio y argumento político:

“los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege a alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo, y los argumentos de principio, justifican una decisión política demostrando que la misma respeta o asegura algún derecho individual o de grupo; por lo que, la distinción radica en que el principio busca la minoría y la política una comunidad”.¹⁹⁰

Un caso difícil presume incertidumbre, al existir diversa normativa que conlleve a fallos diferentes, normas contradictorias o porque no existe una norma exactamente aplicable al caso. Si no hay una norma establecida que dicte una decisión en ningún sentido, la decisión adecuada podría generarse por un argumento político o en el argumento principio; no obstante, el argumento político lo hace la figura del legislador, por lo que, el juez debe hacer uso del argumento principio, para ello deberá analizar el caso en concreto, así como las circunstancias con las que cuenta, ya que, de ello depende como discrecionalmente determine resolverlo.

Asimismo, complementa su razonamiento con la jurisprudencia que propone que las tesis de las decisiones judiciales deben de ser generadas por argumentos de principio; no por directrices políticas; las decisiones reflejan la moralidad política propia de un juez; pero también las que se hallan incorporadas en las tradiciones del derecho consuetudinario, cuando el juez escoge entre la norma establecida en

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 148.

el precedente y una norma nueva que se considere más justa, formulará un juicio que le exige cierto compromiso entre consideraciones que en cualquier cálculo de derechos políticos se combinan; de ahí que también señale que las decisiones judiciales son decisiones políticas en un sentido amplio.

A su vez, en los argumentos políticos y la jurisprudencia se considera que se debe de ampliar la tesis de los derechos en tres direcciones a) debe de hacer una distinción clara entre derechos individuales y objetivos sociales; b) debe existir una coherencia en el precedente y c) los jueces deben basar sus decisiones en la moral política.

De lo anterior, se advierte que el juez podrá basar sus fallos en la historia jurídica distinguiendo si es un derecho individual o un objetivo social, cumplir con la coherencia en sus decisiones sobre un mismo punto del derecho, resultando aplicable para todos los sujetos en las mismas condiciones, basando sus decisiones en una cuestión moral, ya que, si el fallo tuvo una variable que lo determine diferente de los demás, debe justificarse la aplicación del precedente y tal decisión.

En la teoría del derecho en los casos difíciles, debe tenerse en cuenta los tipos de derechos, los principios y su utilidad; así como la incidencia de la economía política en los principios, iniciando con los tipos de derechos, que distingue entre absolutos, como los que no admiten regla diferente y se sostienen frente a todo; relativos, los que si pueden ceder frente otros derechos; abstractos, que son los previstos en las normas de forma general y, concretos, cuyas finalidades están definidas con mayor precisión, para determinadas ocasiones.

Los derechos concretos en que se apoyan los jueces deben tener la característica de derecho institucional y dentro de este jurídico; los derechos institucionales son aquellos que están fijados por reglas constitutivas y regulativas que pertenecen a una determinada institución que lo consideren una decisión difícil.

Los principios son aquellos que están incorporados en la norma jurídica positiva, los cuales sirven de puente entre la justificación política de la doctrina de que los casos semejantes y aquellos casos difíciles, en los que no esté claro los conceptos como función de los derechos políticos.¹⁹¹

Los derechos legales son aquellos principios contenidos en las normas con un propósito determinado que a su vez los dividen en constitución y leyes. La constitución establece el esquema político general basado en justicia y equidad que legitima las normas particulares y, por su parte, la ley es la materialización de las disposiciones de la constitución que debe contener las restricciones de los derechos individuales y definir los objetivos colectivos.

Con base en lo anterior, Dworkin concibe la idea de un juez *Hércules*, ese juez filósofo que podría elaborar teorías sobre qué es lo que exige la intención de la ley y los principios jurídicos, un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumana; tiene un ideal sobre este ser, al considerarlo como un genio, quien puede construir una teoría que justifiquen en una totalidad la constitución que configura un conjunto complejo de principios y directrices políticas que justifiquen un esquema de gobierno, filosofía, política, detalles institucionales, un todo, en el cual le permita resolver de la forma más adecuada, por lo que el juez *Hércules* justificaría muchas decisiones que los legisladores no tomaron en cuenta.

Respecto al derecho consuetudinario o conocido como precedente, expone que el juez *Hércules* podrá decidir en los casos difíciles de derecho consuetudinario como si las decisiones previas fueran leyes, usando las técnicas que les sirvieron para la interpretación de la ley.

En esta tesitura, Dworkin hace referencia a un precedente que se puede explicar apelando, no a la prudencia de imponer leyes, sino a la equidad de tratar

¹⁹¹ Cfr. Dworkin Ronald, *op. cit.*, nota 123, p.176.

de manera semejante a los casos semejantes. Un precedente es la constancia de una decisión política previa; el hecho mismo de esta decisión como hecho de la historia política, ofrece alguna razón para decidir otros casos de manera similar en el futuro; no obstante debe tomarse en consideración que el precedente tiene inmerso un objeto, si bien los asuntos fueron resueltos con apoyo en precedentes, no siempre resultan aplicables a todos los casos, pues pueden tener ciertas particularidades que le den otro sentido a la argumentación, debe justificar su aplicación al caso concreto.

Cabe destacar que, a través de las teorías de la argumentación jurídica, se observan diferentes puntos de vista, mismos que pueden resultar aplicables a ciertas situaciones, así como algunas otras pueden escapar de su aplicación.

En esta tesitura, Dworkin deja ver que los casos difíciles tienen una respuesta correcta, el hecho de que en algunos supuestos no existe una norma para ciertos casos no significa que no pueda resolverse, en virtud de que, da como opción los principios (pero no es una opción, porque finalmente es la norma que emana de un principio), luego entonces, con base en las normas, directrices y principios, es posible arribar a la solución correcta de tales casos, ya que, acepta la discreción judicial con matices; sin embargo, el juez no está legitimado para dictar normas; pero si para interpretarlas.

Lo destacado de la teoría de Dworkin es que, propone un modelo de juez sabio capaz de encontrar las respuestas correctas a todos los casos, lo cual es una visión para los juzgadores en general, que, al momento de emitir una resolución, justifiquen sus determinaciones. Un juez debe de resolver de acuerdo a los principios, con precedentes, las particularidades del caso, las constancias, las creencias morales, con la ley, con convicciones que a veces llegan a constituirse en dogmas, vivencias y experiencias personales.

El sostener que todos los casos, inclusive los difíciles, tienen una única respuesta pareciera muy optimista, ya que pueden existir mejores respuestas que otras, pero no respuestas únicas y menos tratándose de cuestiones jurídicas, donde siempre hay diversas interpretaciones posibles y sobre todo, diversas conclusiones a las cuales se puede arribar, dependiendo de los argumentos hechos valer.

El derecho es dinámico y maleable o dúctil, como dijo Zagrebelsky, por ello es posible encontrar varias respuestas a un mismo caso, sin perder de vista que la decisión judicial indefectiblemente se ve influenciada por la visión particular de moralidad o la visión política de quien la emite, de tal forma que esta concepción Dworkiniana es utópica.

Sin embargo, se consideró necesaria exponerla, porque guarda relación directa con el ejercicio de la función judicial, que son a quienes en principio, la jurisprudencia interamericana obligó a realizar control *ex officio* de los derechos humanos, pero sobre todo, para mostrar la utopía que de los operadores jurídicos lleguen a ser como el juez *Hércules*, omnipotente y completo de todo conocimiento. Lo cierto es que como sostenemos en esta investigación, si bien, es necesario capacitar a los operadores de justicia, homologando en una sola metodología, el ejercicio racional que supone la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, también habrá que dotarlos de varias herramientas sobre todo tecnológicas, que permita sistematizar toda la fuente de derecho que deviene de la jurisprudencia, para que la puedan consultar, incluso por temas y así procurar que las decisiones de todas las autoridades vayan siendo lo más coherente posible con las obligaciones previstas en el artículo primero constitucional.

II.2.1.9. Robert Alexy. La teoría del discurso como teoría procedimental.

Alexy hace referencia a la teoría procedimental referido al discurso práctico. “Las reglas del discurso racional no se refieren sólo a las proposiciones, sino también al

comportamiento del hablante, lo que significa que no son sólo reglas semánticas, sino también reglas pragmáticas”.¹⁹²

Manuel Atienza destaca que, según Alexy para fundamentar las reglas del discurso pueden seguirse cuatro directrices:

1. La primera implica en considerarlas como reglas técnicas, es decir, como aquellas que determinan medios para llegar a ciertos fines; puesto que el objetivo a través del discurso es que eliminé el problema sin violencia.
2. La segunda es la de la fundamentación empírica que consiste en demostrar que algunas reglas norman de hecho, o que los resultados logrados conforme a las reglas determinadas, pertenecen a las ideologías normativas existentes.
3. La tercera de la fundamentación definitoria que consiste en analizar las reglas que definen un juego de lenguaje y aceptarlas como criterio y,
4. La cuarta que es pragmática trascendental o pragmática universal, cuyo objeto es demostrar que la validez de determinadas reglas es la condición de la comunicación lingüística.¹⁹³

Una variante que Alexy reconoce “de este modo de fundamentación consiste en mostrar que: a) la validez de determinadas reglas es constitutiva de la posibilidad de determinados actos de habla; b) si renunciamos a estos actos de habla, abandonaríamos formas de comportamiento específicamente humanas.”¹⁹⁴

Bajo esta tesitura, para Robert Alexy:

“la perspectiva de la argumentación jurídica tiene por objeto establecer la base de los niveles de reglas y principios, siendo posibles para una decisión racionalmente fundamentada. Las reglas y los principios son normas porque

¹⁹² Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 146, p. 156.

¹⁹³ *Ídem.*

¹⁹⁴ *Ídem.*

ambos dicen lo que debe ser, ambos son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. (...) Sin embargo, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.¹⁹⁵

Aunado a lo anterior, retoma y complementa la distinción de Dworkin entre reglas y principios; toda vez que, en los principios pueden ser cumplidos en diferentes grados conforme a las posibilidades reales y jurídicas que posee el caso, por lo cual son mandatos de optimización; sin embargo, las reglas son la normatividad que requieren un acatamiento, y, en este sentido, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas.

De ahí que hace tres distinciones entre principios y reglas. La primera consiste en la generalidad pues considera que los principios tienen un nivel alto de generalidad y las normas tienen un nivel bajo, en virtud de que, una norma en ocasiones sólo es utilizada para una situación concreta, mientras que los principios se pueden utilizar para diversidad de casos.

La segunda distinción la realiza en base a los criterios de distinción de Dworkin que señala que la regla es válida si determina una decisión y se aceptan las consecuencias jurídicas, sin embargo, los principios no determinan la decisión, sino que tan sólo proporcionan razones a favor de una decisión.

La regla persiste y en el caso de dos normas que tienen relación sobre el mismo asunto, debe prevalecer una sobre otra que se declarará inválida; mientras que los principios al tener uno o más, se debe hacer una ponderación para concluir que principio tiene un peso mayor, sin invalidar al otro.

En cuanto a la tercera distinción, refiere al conflicto de reglas y la colisión de principios, el primero ocurre cuando dos disposiciones jurídicas resultan contradictorias, es decir que se debe aplicar una ley considerándose válida y se

¹⁹⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 83 y 86.

debe anular la otra; sin embargo respecto de la colisión de principios, no implica la contradicción de normas, sino que se hace una valoración de supremacía, cual en grado es el más importante, lo que se traduce en una ponderación, pues el factor decisivo lo constituye el peso mayor en un caso concreto.

Por su parte, estima el punto clave entre las reglas y principios es que las primeras exigen un cumplimiento pleno, pero los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales, que dan origen a una cuestión valorativa.

Manuel Atienza refiere que “la tesis de Alexy de que existe una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral se presta también a una utilización ideológica en el siguiente sentido (...) esta conexión tiene un carácter definicional en relación con el sistema jurídico tomando como un todo, lo que quiere decir que un orden social sin sentido (...) no sería un orden jurídico”.¹⁹⁶

Por otro lado, precisa que:

“sostener la tesis de que existe una única respuesta correcta -a la manera, por ejemplo, de Dworkin- le aparece a Alexis equivocado, pues para ello habría que sostener también una teoría fuerte de los principios ‘que contuviera además de todos los principios del sistema jurídico en cuestión, todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y, por ello determinara unívocamente de la decisión en cada uno de los casos’”¹⁹⁷

De igual forma, “Alexy plantea la imposibilidad de teorías morales materiales que para cada cuestión práctica permitan extraer con seguridad concluyente una respuesta precisa, pero admite la posibilidad de teorías morales procedimentales que formulen reglas o condiciones de la argumentación o decisión práctica racional, y en las que sitúa a su teoría del discurso práctico”¹⁹⁸ mismo que guarda relación con la equivalencia entre los principios y valores, ya que la prioridad entre los

¹⁹⁶ Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 146, p. 201.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 173.

¹⁹⁸ Martínez, Linda, “Derecho y Razón Práctica de Robert Alexy”, *Revista Científica General José María Córdova*, Vol.12, no.14, Bogotá, julio/diciembre 2014, p. 242.

principios, corresponde a una jerarquización de los valores.

En la teoría de la argumentación de Robert Alexy expone que “tiene como finalidad desarrollar ‘una teoría analítico-normativa del discurso jurídico’, una teoría que estudia ‘la estructura lógica de los argumentos realmente efectuados o posibles’ con el fin de establecer y fundamentar ‘criterios para la racionalidad del discurso jurídico’”¹⁹⁹

En este sentido, Manuel Atienza señala que los criterios de racionalidad son “demasiado estrictos. Por un lado, (...) la regla fundamental del discurso práctico general (la consideración recíproca de los intereses de todos los afectados) no parece regir en el discurso jurídico de aplicación de las normas.”²⁰⁰

En relación con la propuesta de Ronald Dworkin, reconoce que no existe algún procedimiento que muestre la única respuesta correcta, que la idea es que el juez se apegue a lo que considere correcto e ideal; si bien, Alexy reconoce la imposibilidad de la viabilidad de la tesis de la única respuesta correcta, deja entrever que “debe ser una pretensión del operador jurídico ofrecer la respuesta más acertada para cada caso que le corresponda resolver”.²⁰¹

Cabe destacar que atendiendo a la única respuesta:

“Para Alexy sólo es posible un orden débil, es decir, uno que reconozca la imposibilidad real de la tesis de la única respuesta correcta, pero que la acepte como idea regulativa, en oposición a un orden estricto que admite la existencia de la única respuesta correcta.”²⁰²

Asimismo, Manuel Atienza refiere que este orden débil implica un sistema de condiciones de prioridad, un sistema de estructuras de ponderación y un sistema de prioridades *prima facie*, respecto del primero que se nombra, es aquel “que hacen que la resolución de las colisiones entre principios en un caso concreto tenga

¹⁹⁹ Calvo García, Manuel, *op. cit.*, nota 179, p. 242.

²⁰⁰ Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 146, p. 199.

²⁰¹ Martínez, Linda, *op. cit.*, nota 198, p. 242.

²⁰² Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 146, p. 175.

también importancia para nuevos casos: ‘las condiciones bajo las que un principio prevalece sobre otro forman el supuesto de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevalente’²⁰³.

Por su parte, por lo que hace al sistema de estructuras de ponderación y sistema de prioridades *prima facie* señala que:

“2) Un sistema de estructuras de ponderación que derivan de la consideración de los principios como mandatos de optimización en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas (...) las posibilidades fácticas, cabe formular dos reglas (...) que suponen el paso del campo de la subsunción y la interpretación al de la decisión racional (...) Y respecto a las posibilidades jurídicas, la obligación de optimización corresponde al principio de proporcionalidad que se expresa en esta ley de ponderación: ‘Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro’. (...) 3) Un sistema de prioridades *prima facie* es la prioridad establecida de un principio sobre otro puede ceder en el futuro, pero quien pretenda modificar esa prioridad corre con la carga de la prueba”.²⁰⁴

Con tales sistemas se busca encontrar variables para obtener una mejor respuesta correcta y resulta relevante la estructura de la ponderación como una regla para aplicarse en los derechos fundamentales cuando existan situaciones de colisión; no obstante, resulta subjetivo que se tenga que valorar el peso de cada derecho fundamental.

En este tenor, Linda Martínez concluye que:

“que, pese a que la teoría del discurso no permite determinar de forma objetiva y definitiva el peso de cada derecho, es capaz de mostrar que son posibles los argumentos racionales acerca de los derechos, lo cual constituye una prueba suficiente de que la inclusión de derechos fundamentales en el

²⁰³ *Ídem.*

²⁰⁴ *Ídem.*

sistema jurídico conduce a una conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la moral”.²⁰⁵

La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy es una de las que más se utiliza por los tribunales en materia de control *ex officio*, pues en muchas de las ocasiones, no sólo basta que se deba hacer un contraste entre la norma nacional y la del parámetro de regularidad constitucional, como lo son los tratados internacionales, sino que incluso, gracias a esta teoría, que ha arribado a la incorporación de nuevos derechos, dotando de contenido a los existentes, o extendiendo las obligaciones que deben cumplir los Estados, para la protección de los derechos humanos.

II.3. La jurisprudencia.

II.3.1. Concepto de jurisprudencia.

Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, la jurisprudencia es “la ciencia del derecho, conjunto de sentencias de los tribunales y la doctrina que contienen, o como, criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes”.²⁰⁶

Con base en su origen etimológico, jurisprudencia proviene de los vocablos latinos *iuris* que significa derecho y *prudencia*, contracción de *providencia* que significa previsión, de tal manera que la jurisprudencia implica la previsión o conocimiento del derecho.

Los teóricos de la Constitución Norteamericana de 1787, Hamilton, Madison y Jay, que fue uno de los documentos que sirvieron de inspiración fáctica para la elaboración de la Constitución Mexicana de 1917 que sigue vigente, advirtieron

²⁰⁵ Martínez, Linda, *op. cit.*, nota 198, p. 243.

²⁰⁶ SCJN, 2007.

desde una perspectiva política la forma en cómo se formaba la jurisprudencia señalando que

“La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales.

Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre los dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”.²⁰⁷

Conforme al Diccionario jurídico mexicano, haciendo alusión a Ulpiano, se define la jurisprudencia como “*justi atque injusti scientia*, es decir, como la ciencia de lo justo y lo injusto. Se basa en la prudencia, que es la virtud intelectual que permite al hombre conocer lo que debe evitar, a partir de lo que dicen las reglas jurídicas, de tal forma que, haciendo uso de su razonamiento, pueda encontrar una solución justa a un problema.”²⁰⁸

Este pensamiento prudencial o también llamado aporético es la característica a partir de la cual surge la jurisprudencia, pues para su formulación, es necesario el análisis del problema planteado a la luz de sus características, para cuya solución se deben considerar los criterios y valores aceptados por la opinión común.²⁰⁹

²⁰⁷ Hamilton, Alexander, *et. al.*, *op. cit.*, nota 17, p. 332.

²⁰⁸ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, tomo I-O, p. 2238.

²⁰⁹ El término aporía designa precisamente una cuestión que es acuciante e ineludible, la falta de un camino. El caso difícil o el artificio ingenioso que pone a prueba la sutileza razonadora. Las ásperas dificultades de la vida social, lo que la hace inviable, la curda realidad, no cesan de arrojarnos a la aporía, pues todo asunto jurídico es parte de situaciones aporéticas. La aporía no arruina el pensamiento jurídico, sino que lo reanima y lo fuerza a que viva de la tensión entre derecho y justicia. La justicia requiere un acto de interpretación reinstaurador (sic), como si la ley no existiera con anterioridad, como si el juez la inventara él mismo en cada caso. *Cfr.* Martínez García, Jesús Ignacio, *Aporías del Derecho*, Anuario de Filosofía del Derecho, España, No. 16, 1999, pp. 61 y 80. Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=138114#ArticulosRevistas>.

La SCJN, en la novena época, señaló:

“la jurisprudencia es la interpretación de la ley, de observancia obligatoria, que emana de las ejecutorias que pronuncia la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en Pleno o en Salas y por los Tribunales Colegiados de Circuito. Doctrinariamente la jurisprudencia puede ser confirmatoria de la ley, supletoria o interpretativa. Mediante la primera, las sentencias ratifican lo preceptuado por la ley; la supletoria colma los vacíos de la ley, creando una norma que la complementa, mientras que la interpretativa explica el sentido del precepto legal y pone de manifiesto el pensamiento del legislador”.²¹⁰

Con base en todo lo expuesto, se puede concluir que la jurisprudencia es el conjunto de resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales competentes, a partir de la interpretación que hacen de las normas jurídicas vigentes en un sistema jurídico determinado y aunque en sendas tesis aisladas y jurisprudencias se ha hecho un esfuerzo importante por argumentar que “la jurisprudencia es sólo complementaria o integradora de situaciones que el legislador no previó, al aplicarlas al caso concreto,”²¹¹ sin que esto implique que el juez suple al legislador en su función creadora de normas, en opinión de quien suscribe se afirma que la jurisprudencia sí crea nuevas normas jurídicas, es precisamente esa característica la que le permite constituirse en fuente de derecho que es de observancia obligatoria, ya que si todo estuviera previsto, para qué serviría la jurisprudencia.

Además, basados en la visión del Juez Hércules de Ronald Dworkin, hoy como nunca, con la aplicación del control de constitucionalidad *ex officio*, los jueces tanto internacionales como nacionales, han alcanzado un trascendencia relevante al dotar de contenido a los derechos humanos enunciados de forma abstracta tanto en los tratados internacionales, como en los dispositivos constitucionales de cada país, sirviendo a manera de ejemplo: el derecho a la salud, a partir del cual surge el

²¹⁰ Tesis. IX.1071K, *Semanario Judicial de Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, octubre de 2003, p. 1039.

²¹¹ Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VII, enero de 1991, p. 296.

derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero también otros derechos de tipo económico social, como el derecho a un ambiente sano, a la alimentación, al mínimo vital, a una vivienda digna, a los servicios públicos, entre otros.

Todo ello no hubiera sido posible si nos mantuviéramos en la visión que limita la función del juzgador, a ser un simple aplicador del silogismo jurídico, en donde aplica la norma al caso concreto, sin poder ir más allá.

Finalmente cabe destacar que por determinación de los artículos 94, párrafos décimo primero y décimo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 215, 222, 224 y 232 de la Ley de Amparo, la jurisprudencia es de observancia obligatoria para los tribunales federales y locales.

II.3.2. Características de la jurisprudencia.

Parafraseando a Tamayo y Salmorán, las características o principios rectores de la jurisprudencia son:

1. Congruencia, que implica que su contenido efectivamente debe corresponder con la o las sentencias que le dieron origen, sin exceso ni deficiencia.
2. Coherencia dogmática entre el texto y los conceptos jurídicos a que se refiere, por lo que debe expresarse en términos técnicamente correctos.
3. General, esto quiere decir que debe aplicar a diferentes casos que puedan presentarse en cualquier instancia, es decir, que su contenido se enuncie como regla general y no concreta.
4. Deóntica, lo cual implica que debe ser normativa, como una regla permisiva, prohibitiva, permisiva, interpretativa o reglamentaria, ya que constituye razones para actuar, de tal forma que su formulación argumentativa debe crear máximas o principios.
5. Perspicua y rigurosa, esto implica que debe ser precisa, concluyente y terminante ya que su función es esclarecer para superar las vaguedades de las normas.

6. Consistente, lo que quiere decir que debe ser consistente para sí, que constituya un cuerpo de doctrina compatible con su propio contenido y argumentos.
7. Conspícua, es decir que debe ser notable, relevante y de análisis profundo.²¹²

II.3.3. Retroactividad de la jurisprudencia.

La jurisprudencia no tiene efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, por lo que *a contrario sensu*, sí tiene efectos retroactivos si es en beneficio de las personas, como se ha previsto en tesis aislada.²¹³

Si la persona involucrada es una persona moral oficial que pretenda defender un acto de autoridad para defender un interés patrimonial, patronal o contractual, también podrá aplicar la jurisprudencia de forma retroactiva.²¹⁴

En opinión de la que suscribe, la jurisprudencia, como cualquier otra disposición del sistema normativo, puesto que es fuente de derecho, le sigue la misma regla de la retroactividad, sobre todo en materia penal, pero debería extenderse a todas las materias, pues bajo la visión del principio *pro persona* y la progresividad de los derechos, cualquier jurisprudencia o tesis que beneficie más a la persona, se trate de la materia que sea, debe aplicarse de forma retroactiva.

²¹² Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Informe Anual de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 1989, p. 707.

²¹³ Cfr. Tesis I. 1º.P.22 K, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 49, t IV, diciembre de 2017, p. 2146.

²¹⁴ Cfr. Tesis 2ª./J.128/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 36, t II, noviembre de 2016, p. 1428.

II.3.4. Métodos para conformar jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación.

Existen diversas maneras de conformar jurisprudencia, de acuerdo al sistema jurídico que adopte cada país, e incluso, el señalado por las instancias internacionales, como la Corte IDH, que tiene el método de precedentes.

En México, se han ido incorporando diferentes métodos de conformación de jurisprudencia a lo largo de las tres leyes de amparo que han estado vigentes, es decir, la de 1936, la de 2013 y la de 2021, respecto de las cuales, hemos identificado los siguientes:

II.3.4.1. Por reiteración de criterios.

En este método se requiere la reiteración de criterios en tres o cinco ejecutorias ininterrumpidas en el mismo sentido, por otra en contrario, aprobadas por órgano competente y con la votación de integrantes que prevea la Ley.

Por ejemplo, en México, antes de 2021, la jurisprudencia por reiteración requería de la votación de ocho Ministros en Pleno y de cuatro en sala, mientras que, en la Ley vigente, sólo emiten jurisprudencia por reiteración los tribunales colegiados de circuito, siempre que la votación sea por unanimidad.

II.3.4.2. Por contradicción o unificación de criterios.

Este tipo de jurisprudencia se establece al dilucidar los criterios discrepantes sostenidos entre dos órganos jurisdiccionales competentes para emitir jurisprudencia, resueltos por un órgano jurisdiccional de jerarquía mayor.

En nuestra legislación actual se prevé que los criterios discrepantes entre las salas de Suprema Corte, entre los Plenos regionales o entre los tribunales colegiados de circuito, se resolverán por el Pleno de la SCJN.

A este método también se le llama en la doctrina como jurisprudencia por unificación de criterios, cuya finalidad es preservar la unidad de interpretación de las normas que integran el orden jurídico nacional al decidir las tesis que deben prevalecer obligatoria en torno a un mismo problema legal, sin que se afecten las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que se emitieron los criterios contradictorios.²¹⁵

Es importante resaltar que, en este método de jurisprudencia, el órgano jurisdiccional que decide sobre la contradicción, no interviene en el fondo de los litigios que le dieron origen, sino solo decide el conflicto de interpretación y puede acogerse a uno de los criterios discrepantes, sustentar uno diverso o bien declarar inexistente o sin materia la contradicción.

II.3.4.3. Por sustitución.

Este método estuvo vigente en México hasta el siete de junio de dos mil veintiuno y se incorporó en la Ley de Amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación del dos de abril de dos mil trece, estaba prevista en el artículo 230 y se constituía al ser superado el criterio sustentado en una jurisprudencia por reiteración o contradicción.

Para que se pudiera sustituir, se debían seguir las reglas siguientes:

- a) Cualquier tribunal colegiado de circuito, previa petición de alguno de sus magistrados, con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podría solicitar al Pleno de Circuito al que perteneciere, que sustituyera la jurisprudencia que por contradicción haya establecido, para lo cual debía expresar las razones en la que sustentaba su petición;

²¹⁵ Cfr. Tesis P.V/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, julio 2003, p. 27.

- b) Cualquiera de los Plenos de Circuito, previa petición de algunos de sus magistrados y con motivo de un caso concreto resuelto, podían solicitar a la SCJN o la sala correspondiente, que se sustituyera la jurisprudencia que hubieren establecido, expresando las razones que sustentaban su solicitud, la cual debía ser aprobada por cuatro votos en sala y por ocho votos en Pleno.
- c) Cualquiera de las salas de la SCJN, previa petición de alguno de los ministros que la integran y sólo con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrían solicitar al Pleno de la misma que sustituyera la jurisprudencia que hubieren establecido, expresando las razones en que sustentaban su petición, la cual debía ser aprobada por cuatro votos en sala y por ocho votos en Pleno.

Al igual que en el método de contradicción, en el de sustitución, el criterio adoptado no afectaba las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los que se hubiere dictado.

II.3.4.4. Por precedentes obligatorios.

Este método que proviene del derecho anglosajón acaba de ser incorporado en el derecho positivo mexicano en la reforma judicial publicada en el Diario Oficial de la Federación el siete de junio de dos mil veintiuno, en el que “basta una decisión singular para establecer un criterio obligatorio [...] es el resultado institucional. de la voluntad deliberada de un sujeto investido de autoridad que adopta una determinada decisión, luego de seguir un determinado procedimiento, con la intención de otorgarle carácter normativo”.²¹⁶

²¹⁶ Fundación para el Debido Proceso y Derechos Humanos y Litigio Estratégico Mexicano, *Reforma Judicial en México. Un análisis desde una perspectiva de corrupción y derechos humanos*, México, 2021, pp. 10-11.

Sin embargo, para que una sentencia que dicte el Pleno de la SCJN constituya precedente obligatorio, se requiere de una mayoría de ocho votos, sin que las cuestiones de hecho o de derecho se tengan que justificar.

Ahora bien, también constituirán precedente obligatorio las decisiones contenidas en las sentencias que dicten las salas de la SCJN, para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas, cuando sean tomadas por mayoría de cuatro votos.

Es importante resaltar que, a partir de que aceptamos la jurisdicción de Tribunales Internacionales, tales como la Corte IDH, asumimos el modelo de precedente obligatorio, lo cual fue refrendado en el Expediente Varios 912/2010, al aceptar que las sentencias en que México hubiera sido parte, eran obligatorias para el Estado Mexicano y en las demás emitidas por dicha Corte internacional serían criterios orientadores.

Sin embargo, los sectores más tradicionales del derecho positivo, han especulado y hasta criticado la incorporación de este método de creación de jurisprudencia, que ha ocasionado que se polaricen las opiniones desde quienes consideran que con éste método se dota de mayor poder a los jueces, incluso por encima del poder legislativo que detenta la representación popular, hasta quienes por el contrario opinan que se suprime el margen de interpretación de los jueces de menor jerarquía, para concentrar el poder en el Pleno de la SCJN y sus Salas.

En esta segunda postura, hay quienes han llegado al extremo de considerar que se generará mayor corrupción y menor protección de los derechos humanos, tomando como referencia los seis factores institucionales y culturales que facilitan la corrupción.²¹⁷

²¹⁷ Dichos factores son: 1) Debilidad institucional, que se traduce en incapacidad de tener cobertura territorial que le permita cumplir plenamente con sus funciones; 2) Monopolio o concentración del poder, en áreas con alto impacto económico o social; 3) Amplio espacio de discrecionalidad en la toma de decisiones; 4) Falta de control de los actos de autoridad, como consecuencia de la poca transparencia y rendición de cuenta de sus decisiones y 5) Alto nivel de impunidad, lo que permite que los individuos o las redes de corrupción operen sobre la base de garantías que el costo de la

En opinión de la que suscribe, se estima que las posturas que se oponen a la introducción del método por precedentes, son pesimistas y parten de una premisa errónea, sobre todo atendiendo a que en realidad ya habíamos adoptado dicho método de manera indirecta, a partir del caso Radilla Pacheco, que proviene de fuente internacional.

El sistema de precedentes puede ayudar a evitar las antinomias jurisprudenciales y reducir que los riegos de casos iguales sean resueltos de forma diferente, dependiendo del criterio de cada circuito. Esto obligará al Pleno de la SCJN a mejorar las técnicas de argumentación y redacción de las sentencias, hacerlas más sistemáticas y sencillas, adoptando modelos como los de la Corte IDH, que diferencien los párrafos, de tal manera que hagan más expedito su uso y aplicación en casos futuros, esto sumado al uso de Tecnologías de la Información, que hará más fácil, accesible y rápido su conocimiento y difusión.

De hecho, anhelo que esta tendencia de precedentes se extienda a todos los órganos jurisdiccionales, no sólo a los del Poder Judicial Federal, sino también a los Tribunales Administrativos, Agrarios y a los locales, que permitan casi de forma automática a la emisión de una sentencia, acceder a la versión pública, con lo cual, muy contrario a lo que piensan los detractores del método de precedentes, se transparente por completo la función jurisdiccional.

Así se permitirá a la ciudadanía en general y a los estudiosos del derecho en particular, obtener insumos suficientes para generar análisis y propuestas de mejor alcance sobre la calidad de la justicia, sobre los valores axiológicos aplicados en casos que involucren a niños, a mujeres, a adultos mayores, a los reos, a las relaciones comerciales e industriales, a la materia fiscal y recaudatoria, al combate a la corrupción y en fin, a una serie de temáticas que actualmente es difícil acceder.

corrupción es ampliamente superado por los beneficios obtenidos. *Cfr.* Fundación para el Debido Proceso y Derechos Humanos y Litigio Estratégico Mexicano, *op. cit.*, nota 150, p. 8.

Sin embargo, para que dicho ideal sea alcanzado, será necesario ajustar los mecanismos de selección y nombramiento de los Ministros de la SCJN, a los que ya nos hemos referido en el apartado de la función jurisdiccional.

II.3.4.5. Producto de una declaratoria general de inconstitucionalidad.

Otro método de crear jurisprudencia, sin que la Ley de Amparo la reconozca como tal, pero que por sus efectos, tiene ese alcance, ya que se interpreta si una norma es o no constitucional, es la declaratoria general de inconstitucionalidad, que surge de las sentencias que emiten las salas o el Pleno de la SCJN, en los juicios de amparo indirecto en revisión, que resuelven sobre la inconstitucionalidad de una norma general, para lo cual se requiere la aprobación de ocho de sus miembros.

En este procedimiento, una vez emitida la sentencia, se debe notificar a la autoridad emisora del acto, para que en máximo noventa días emita una nueva disposición y si no lo hace, entonces, se emite la Declaratoria General de Inconstitucionalidad.

Conforme al artículo doscientos treinta y cuatro de la Ley de Amparo, la declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la resolución o jurisprudencia que le dio origen y será obligatoria, tendrá efectos generales y debe establecer la fecha a partir de la cual surtirá sus efectos y los alcances y las condiciones de la misma.

Sus efectos no serán retroactivos, salvo en materia penal y deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación y en el órgano oficial de publicación de la norma declarada inconstitucional, dentro de un plazo de siete días hábiles.

II.3.5. Interrupción de la jurisprudencia.

La jurisprudencia se interrumpe cuando el órgano jurisdiccional que la emitió, expone una nueva reflexión sobre la misma cuestión que resolvió. De hecho, el artículo doscientos veintiocho de la Ley de Amparo vigente así lo prevé, al disponer

que los tribunales no están obligados a seguir sus propias jurisprudencias, pero para poder apartarse de ellas, deben proporcionar argumentos suficientes que justifiquen el cambio de criterio. En ese caso se interrumpirá la jurisprudencia y dejará de tener carácter obligatorio.

Con base en los métodos para la formación de jurisprudencia que ya se han explicado, también se interrumpe la jurisprudencia, cuando se emite un nuevo criterio resultado de una contradicción, de una sustitución o de la emisión de un precedente obligatorio que modifique al anterior, siempre que cuente con la cantidad de votos correspondientes.

II.3.6. Medios para la difusión de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación.

Las jurisprudencias se pueden dar a conocer a través del mecanismo normativo que establezca cada país u organismo internacional.

En el caso de México, la obligatoriedad de la jurisprudencia surge a partir de que se publica en el Semanario Judicial de la Federación, como la propia SCJN lo ha determinado, al “establecer que la jurisprudencia es de aplicación obligatoria a partir del lunes hábil siguiente al día en que la tesis respectiva sea ingresada al Semanario Judicial de la Federación, en la inteligencia de que si el lunes respectivo es inhábil, será de aplicación obligatoria a partir del día hábil siguiente.

Lo anterior es sin menoscabo de que las partes puedan invocarla. hipótesis ante la cual el tribunal de amparo deberá verificar su existencia y partir de ello, bajo los principios de buena fe y confianza legítima, ponderar su aplicación”.²¹⁸

²¹⁸ Tesis 2ª./J.139/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 25, t I, diciembre de 2015, p. 391.

La jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación se publica en el Semanario Judicial de la Federación, por Decreto del 8 de diciembre de 1870, promulgado por Benito Juárez.

Los movimientos políticos y sociales ocurridos desde entonces a la fecha, junto con las diversas reformas constitucionales, influyeron en la organización y publicación del semanario, que tuvo dos periodos de suspensión y su publicación y a su vez, propició que las tesis y jurisprudencias se organizaran por épocas, organizadas en dos grandes periodos constitucionales, antes y después de 1917, fecha en que se promulgó la Constitución vigente.

Tal división obedece a que un gran número de tesis de jurisprudencia que fueron publicadas en las Épocas Primera a Cuarta (antes de 1917), hoy son inaplicables, no tienen vigencia y por ello se agrupan dentro de lo que se ha llamado “jurisprudencia histórica”.²¹⁹

Las épocas que constan de la quinta a la décima vigente, del año 1917 al 2021, comprenden lo que se considera el catálogo de la “jurisprudencia aplicable”.

Los periodos concretos que abarcan cada época se muestran en el siguiente cuadro elaborado a partir de la información aportada en el Semanario Judicial de la Federación²²⁰ y del portal electrónico del mismo²²¹:

Primer Periodo		
Época	Periodo	Número de Tomos
Primera	1871-1875	7 tomos
Primera Suspensión Editorial De 1876 a 1880		
Las ejecutorias correspondientes a esta suspensión fueron reproducidas, entre otras publicaciones, por “El Foro”, periódico de jurisprudencias y legislación.		
Segunda	1881-1889	17 tomos
Tercera	1890-1897	12 tomos
Cuarta	1898-1914	52 tomos
Segunda Suspensión Editorial De agosto de 1914 a marzo de 1918.		

²¹⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, julio de 2003, p. XIII.

²²⁰ *Ibidem*, p. XIV.

²²¹ *Semanario Judicial de la Federación*. Documentos de interés. Consultado en <https://sjf2.scjn.gob.mx/documentos-interes>.

El Plan de Guadalupe, que hizo triunfar a Venustiano Carranza, desconoce los tres Poderes y clausula la Corte.		
Segundo Periodo		
Quinta	1º de junio 1917 al 30 de junio de 1957	132 tomos ordenados de forma cronológica. Al final de cada tomo aparece su índice.
Sexta	1º de julio 1957 al 15 de diciembre de 1968.	138 volúmenes numerados con cifras romanas. Los volúmenes se componen de cinco partes editadas en cuadernos por separado (Planas y Salas Numerarias).
Séptima	1º de enero de 1969 al 14 de enero de 1988	288 volúmenes identificados con cifras arábicas. Los volúmenes están compuestos por siete partes y editados en cuadernos separados: Pleno, Salas (penal, administrativa, civil y laboral), Tribunales Colegiados y Sala Auxiliar.
Octava	15 de enero de 1988 al 3 de febrero de 1995	15 tomos identificados con números romanos. Hasta el Tomo VI la publicación fue semestral, a partir del Tomo VII fue mensual.
Novena	4 de febrero de 1995 a 3 de octubre de 2011	De publicación mensual, integrando un tomo cada semestre, que se divide en tres partes: Tesis, ejecutorias y votaciones del Pleno y de salas; tesis y ejecutorias de los Tribunales Colegiados y, Acuerdos de observancia general, lineamientos, listas, reglamentos, informes y otros emitidos por la Corte o por el Consejo de la Judicatura Federal.
Décima	Del 4 de octubre de 2011 al 30 de abril de 2021	De publicación mensual de forma impresa y electrónica, respecto de las sentencias y engroses que se hubieran aprobado en el mes anterior. Se concibe al Semanario Judicial de la Federación, como un sistema digital de compilación y difusión de tesis jurisprudenciales y tesis aisladas. Está integrada por 10 apartados: Pleno de la Suprema Corte, Primera Sala, Segunda Sala, Plenos de Circuito, Tribunales Colegiados de Circuito, Normativa y

		Acuerdos Relevantes, índices, Sentencias de la SCJN, Sentencias Relevantes y Otros Índices.
Undécima	Del 1º de mayo de 2021 a la fecha	Se inició con motivo de las reformas constitucionales publicadas en el DOF el 11 de marzo de 2021, que implicaron una reorganización del Poder Judicial, donde destaca la creación de la jurisprudencia por precedentes.

II.3.7. Otros órganos jurisdiccionales federales que emiten jurisprudencia.

Visto que la investigación en curso tiene por objeto mostrar la evolución jurisprudencial del Poder Judicial Federal y de la Corte IDH, en materia de control de constitucionalidad-convencionalidad *ex officio*, solo nos permitiremos mencionar la jurisprudencia que puede ser emitida por otros órganos jurisdiccionales federales del derecho positivo mexicano, sin perder de vista que en el ámbito de las entidades federativas, también se faculta en algunos estados a los Tribunales locales, a emitir tesis y criterios relevantes, que van compilando en diferentes medios previstos en sus normatividades internas.

II.3.7.1. Jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

En términos del artículo 94, párrafo noveno de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los artículos 166, fracción IV y 214 a 217 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, está facultado para emitir jurisprudencia, entendemos que especializada en su materia, bajo las reglas siguientes:

1. Por el Pleno de la Sala Superior, cuando emita tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario, sosteniendo el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma;
2. Cuando las Salas Regionales, en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, sostengan el mismo criterio y la Sala Superior lo ratifique; y
3. Cuando la Sala Superior resuelva en contradicción criterios sostenidos entre dos o más Salas Regionales o entre éstas y la propia Sala Superior.

Con base en lo anterior, los métodos de formación de la jurisprudencia electoral, son el de reiteración y el de contradicción.

También está facultado para denunciar la contradicción de criterios ante el Pleno de la SCJN cuando la Sala del Tribunal Electoral sustente un criterio sobre la inconstitucionalidad de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto de la Constitución, contrario a lo sostenido por las Salas o el Pleno de la Corte, que será quien resolverá el tema, conforme a lo que ya vimos en apartados anteriores.

En este sentido, la jurisprudencia que emite el Pleno de la SCJN es obligatoria para el Tribunal Electoral.

Por su parte, la jurisprudencia emitida por el Tribunal Electoral es obligatoria para los órganos jurisdiccionales electorales federales y locales y para el Instituto Nacional Electoral, cuando se declare en asuntos relativos a derechos político-electorales de las ciudadanas y los ciudadanos o en aquellos casos en que se haya impugnado actos o resoluciones de autoridades electorales locales.

La jurisprudencia del Tribunal Electoral se interrumpe y deja de tener carácter obligatorio, cuando haya un pronunciamiento diferente por mayoría de cinco votos de los integrantes de la Sala Superior, para lo cual, se deberán expresar las razones en que se funde el cambio de criterio.

II.3.7.2. Jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

El Tribunal Federal de Justicia Administrativa produce jurisprudencia bajo la combinación de dos métodos, el de reiteración y el de precedentes.

La jurisprudencia por reiteración se conforma de tres tesis sustentadas en el mismo sentido no interrumpidos, por uno en contrario si son del Pleno de la Sala Superior, o bien, cinco tesis, cuando se aprueben por alguna de sus secciones.

En cambio, la jurisprudencia por precedentes requiere ser aprobada por siete Magistrados de Sala Superior, o bien, por cuando menos cuatro magistrados, si son emitidas por cualquiera de sus secciones.

En ambos casos deben publicarse en la Revista del Tribunal.

Las Salas del Tribunal están obligadas a aplicar la jurisprudencia emitida conforme a lo anterior, salvo que contravenga la jurisprudencia del Poder Judicial Federal, pues de hacerlo, en un primer momento los apercibirá de no hacerlo, pero si reinciden, se les aplicará una sanción administrativa.

Las Salas pueden apartarse de la jurisprudencia y los precedentes, en los Juicios en la vía sumaria, siempre que en la sentencia expresen las razones por las que se apartan de los mismos, debiendo enviar al Presidente del Tribunal, copia de la sentencia.

En el caso de contradicción de sentencias interlocutorias o definitivas, cualquiera de los Magistrados o incluso las partes involucradas en las sentencias, podrán denunciar la situación ante el Presidente del Tribunal, para que se resuelva la contradicción, con la presencia de siete magistrados y la mayoría de votos de los presentes.

La jurisprudencia se interrumpe cuando se conformen tres tesis de Pleno o cinco de Sección, en diferente sentido, caso en el cual deberán dotarse de razones fundadas que los justifiquen.

Las reglas de la jurisprudencia de este tribunal se regulan en los artículos 68, 69 y 70 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y en los artículos 75 a 79 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

II.3.7.3. Jurisprudencia del Tribunal Superior Agrario.

El artículo 9º, fracción V de la Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios, prevé que el Tribunal Superior Agrario puede emitir jurisprudencia por reiteración o por contradicción.

La jurisprudencia por reiteración se conforma a partir de cinco sentencias emitidas en un mismo sentido no interrumpidas por otra en contrario, aprobadas por lo menos por cuatro magistrados.

En este sentido, para interrumpir la jurisprudencia, se requiere del voto de cuatro magistrados, en donde se expresen las razones en las que sustentan su decisión.

La jurisprudencia por contradicción será determinada por el Tribunal Superior, cuando diversos tribunales unitarios sustenten criterios contradictorios, sin que la resolución que se dicte afecte las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas.

La jurisprudencia que emitan será obligatoria para los tribunales unitarios a partir de su publicación en el Boletín Judicial Agrario.

CAPÍTULO III. EL SISTEMA INTERAMERICANO Y LA EVOLUCIÓN DEL CONTROL *EX OFFICIO* EN SU JURISPRUDENCIA.

III.1. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos²²² es un sistema internacional subsidiario de protección de derechos humanos, creado por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), que inició con la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²²³ (CADH), cuyo objetivo es establecer estándares regionales de protección de derechos a los Estados Americanos.

Tanto la CADH, como el conjunto de Convenciones, protocolos e instrumentos internacionales temáticos y especializados por materia (como tortura, derechos civiles y políticos, para prevenir y sancionar la violencia contra la mujer, entre otros) conforma el *corpus iuris interamericano*.

El Sistema se conforma por dos órganos que tienen por objeto supervisar que los Estados parte promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos de las personas, así como que se esclarezcan, sancionen y reparen las violaciones que se cometan. Sin embargo, el sistema interamericano sólo entra en operación, cuando los Estados parte no hayan podido colmar tales responsabilidades.

Los dos órganos del sistema interamericano son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

²²² Centro de Derechos Humanos de la Montaña "Tlachinollan" *et. al.*, *La impunidad militar a juicio. Los casos de Valentina Rosendo Cantú, Inés Fernández Ortega y los campesinos ecologistas Rodolfo Montiel Flores y Teodoro Cabrera García*, México, 2010, pp. 13-17. Consultable en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4934/10.pdf>.

²²³ México depositó su instrumento de ratificación de la Convención el 24 de marzo de 1981, fecha a partir de la cual quedó vinculado.

III.1.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La CIDH actúa como la primera instancia, cuando las víctimas de derechos humanos acuden a ella para denunciar casos en los que las autoridades internas hubieran violado sus derechos.

La CIDH realiza audiencias públicas para allegarse de los casos que considera admisibles, verificando que la parte haya agotado todos los recursos posibles de impugnación previstos en la legislación interna de su Estado.

De considerar que el caso es admisible, entonces se pronuncia en el sentido de que el Estado es responsable y emite recomendaciones en un informe confidencial que se envía a dicho Estado demandado, para que implemente las acciones que le señale la Comisión.

Si el Estado no implementa tales recomendaciones, entonces la Comisión puede emitir un informe de fondo de acceso público donde se da a conocer el caso, o bien, si el Estado ha admitido la competencia de la Corte IDH, le presenta el caso para que resuelva en última instancia.

III.1.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte IDH actúa como institución judicial vinculante del sistema interamericano. Fue creada en 1959 y está integrada por siete miembros independientes, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal por los más destacados juristas en materia de derechos humanos. Los jueces se reúnen varias veces al año, normalmente en su sede que se encuentra en San José, Costa Rica, pero también llegan a reunirse en las sedes que les ofrecen los estados parte, para dar a conocer la jurisprudencia interamericana.

Son partes en una litis ante la Corte IDH, la CIDH, el Estado demandado y las víctimas que normalmente son representadas por organizaciones de la sociedad civil, expertas en derechos humanos.

La Corte IDH además de sus facultades jurisdiccionales, tiene atribuciones para decretar medidas provisionales para la protección de personas que se encuentren en peligro grave o inminente, así como emitir opiniones consultivas, para la correcta aplicación del *corpus iuris interamericano*.

La Corte IDH no ejerce jurisdicción sobre el fondo de un caso, hasta que se cerciora de que se han cubierto los requisitos de admisión, por lo que su análisis incluye las objeciones preliminares de admisibilidad que interpone el Estado demandado. El proceso comprende una parte escrita y una parte oral, ésta última se realiza cuando la Corte ejerce la facultad de convocar a audiencias públicas para escuchar a las víctimas y los testigos, así como para recibir a los peritos que ofrecen las partes.

Cuando la Corte IDH determina que un Estado es responsable por violaciones a derechos humanos, emite una sentencia en la que especifica las violaciones encontradas y ordena al estado llevar a cabo las medidas que considera necesarias para reparar la violación, así como para garantizar la no repetición de situaciones similares en adelante.

III.2. Relación entre el derecho interamericano y el derecho interno.

Para comprender los alcances y aplicabilidad de la jurisprudencia interamericana sobre el control de convencionalidad *ex officio* en nuestro país, es necesario partir de la premisa de que el derecho interamericano, también llamado, *corpus iuris interamericano*, forma parte de nuestro derecho constitucional, al haber firmado los tratados internacionales que le dieron vida, a partir de lo cual, se aceptó su contenido y alcance, así como del derecho contemplado en las recomendaciones, medidas provisionales, opiniones consultivas y sentencias de la Corte IDH.

Esta afirmación parte de la observación hecha por diversos teóricos²²⁴, en referencia a la conformación del derecho comunitario europeo, sucedido a partir de

²²⁴ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, 5ª ed., trad. de Marina Gascón, España, Editorial Trotta, 2003, pp. 10-19; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, 3ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p.

la segunda mitad del siglo XX²²⁵, que evidenció por una parte la integración mundial, pero por la otra, el desplazamiento de las soberanías estatales, haciendo caer en crisis la concepción del “Estado de Derecho” o “Estado Liberal”, para transitar a la conformación de un derecho integrado de base constitucional, al que denominaron “Estado Constitucional de derecho”.

El “Estado de Derecho” o “Estado Liberal” tuvo como característica el reconocimiento a la relevancia de los cuerpos legislativos, ya que la validez de las normas descansaba en su procedimiento de creación, premisa bajo la cual, bastaba con que se apegaran al procedimiento de la norma fundamental. Sin embargo, el “Estado constitucional de Derecho” se aleja de tal doctrina y estima que la validez de la norma se construye a partir de los argumentos por los cuales los Estados adoptan los tratados internacionales y se someten a la jurisdicción de los Tribunales creados *ad hoc*, quienes a través de sus sentencias son los responsables de ir dotando de contenido el derecho, todo lo cual formará parte del régimen constitucional.

Para Ferrajoli²²⁶, la concepción de la validez de las normas en el “Estado constitucional de derecho”, se refleja en la necesidad de reforzar el papel de la jurisdicción y fortalecer la legitimación democrática del Poder Judicial y de su independencia. En ese sentido, el viejo paradigma positivista que sujetaba al juez a la letra de la ley en cuanto válida, porque estaba conforme a la Constitución queda atrás y es la interpretación judicial de la ley quien ahora dota de validez a la norma, así que el juzgador tiene la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, entendiendo por tales, aquéllos compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por éstas.

180 y Atienza, Manuel, “El derecho como argumentación”, en Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y Argumentación en el Estado constitucional de derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, pp. 10-18.

²²⁵ A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos realizada en 1948.

²²⁶ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 224, pp. 21-28.

En eso radica la relevancia de analizar la jurisprudencia interamericana y contrastarla con la nacional.

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos han buscado “una homologación jurídica de las diferencias, propia de los ordenamientos liberales, y que se manifiesta en el desconocimiento de la diversidad entre los sujetos, en atención a un único modelo de identidad colectiva generado por el mismo orden jurídico”²²⁷, lo que se hizo a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y se ha venido haciendo a través de los tratados internacionales subsecuentes.

De esta manera, el derecho constitucional de cada Estado se verá complementado por las disposiciones de dichos tratados, pero también por la jurisprudencia emitida por los tribunales internacionales. Es así que la adopción del derecho de fuente internacional no es más que una medida de reconocimiento interno del derecho y la jurisprudencia internacional, lo que implica “la constitucionalización” de dicho derecho.

A partir de estos postulados, se ha ido construyendo la teoría del Derecho Constitucional Internacional o del “*Ius Constitutionale Commune en América Latina*”²²⁸ que la Corte IDH ha llamado *corpus iuris interamericano*.

Para comprender todo lo anterior, resulta oportuno repasar el papel que juegan los Estados como creadores y destinatarios del Derecho Interamericano; la naturaleza jurídica de los tratados de derechos humanos; la manera en cómo se adopta el derecho internacional en sus sistemas jurídicos nacionales y la forma en cómo éste se vuelve vinculante.

²²⁷ *Ibidem*, p. 75.

²²⁸ Término adoptado por Eduardo Ferrer Mac Gregor en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 42, p. 425.

III.2.1. Los Estados como creadores y destinatarios del derecho interamericano.

“La teoría del desdoblamiento funcional (*dédoublement fonctionnel*) de Scelle constata que los Estados son creadores de las normas del Derecho Internacional y, a la vez, destinatarios de dichas normas”.²²⁹

Si bien la creación de derecho internacional implica la creación de obligaciones internacionales que limitan el ejercicio de las atribuciones soberanas del Estado, la facultad de contraer esos compromisos es un mandato de la soberanía nacional en los Estados constitucionales. Si su ordenamiento constitucional no les permitiera celebrar tratados internacionales, ni previera que los mismos tendrán fuerza vinculante, no podrían participar de la creación del derecho internacional, ni estarían sometidos al mismo.

Por lo tanto, “la exigencia de cumplimiento de las obligaciones creadas por los Estados en el Derecho Internacional no implica una transgresión a su soberanía estatal, ya que, precisamente, es en ejercicio de ésta que los Estados han consentido para vincularse jurídicamente con aquéllas”.²³⁰

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que entró en vigor el 21 de abril de 1964, se convirtió en el fundamento jurídico del derecho internacional público, ya que establece las reglas que regirán a los tratados internacionales. México ratificó dicho tratado el 17 de junio de 1965.

Conforme a lo establecido en los artículos del 13 al 15 de la Convención de Viena, puede haber diferentes momentos en los que un Estado se considera vinculado a un Tratado, dependiendo del modelo que prevea su legislación interna. Es así que un tratado se vuelve vinculante, conforme a tres momentos:

- a) A la firma o firma definitiva del tratado;

²²⁹ Georges, Scelle, citado en Salmón Garate, Elizabeth, *Curso de Derecho Internacional Público*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2014, p. 77.

²³⁰ Thompson J. José *et. al.*, *op. cit.*, nota 36, p. 17.

- b) Con el canje de instrumentos que constituyan un tratado, o bien
- c) Hasta la ratificación, aceptación o aprobación del tratado, como sucede en México, que se requiere de la ratificación del Senado²³¹, para que entre en vigor; y
- d) La adhesión, que se actualiza cuando un tratado ya está en vigor, y el Estado manifiesta la voluntad de unirse a él.

Por consecuencia, un Estado queda vinculado a las obligaciones derivadas de un tratado internacional, como consecuencia de haber manifestado su consentimiento, en cualquiera de las formas señaladas según se prevea en su ordenamiento constitucional, teniendo claro que siempre lo hace en el ejercicio de su soberanía.

Sin embargo, en caso de no estar de acuerdo con parte del tratado, tiene la facultad de hacer reservas al mismo conforme a los artículos 20 y 21 de la Convención de Viena. Una reserva es “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al afirmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”²³², por consecuencia, esa parte del tratado no le será aplicable.

En principio puede hacer reservas a cualquier tratado, salvo que:

- a) La reserva esté prohibida por el tratado, como sucede con el Estatuto de Roma que determina la competencia de la Corte Penal Internacional y aun así, México hizo una reserva²³³.

²³¹ Artículo 76, fracción I, párrafo segundo en correlación con el artículo 133, párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²³² Artículo 2, inciso 1.-, subinciso d) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

²³³ El artículo 21, párrafo 8 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prevé “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”, constituye una reserva tacita de exclusión al Estatuto de Roma, ya que para que la Corte Penal Internacional, pueda ejercer competencia, se requerirá de la autorización caso por caso, del Senado Mexicano. Véase: Camarillo Govea, Laura Alicia y Cabrera Gutiérrez Samuel, *La reserva del Estado Mexicano al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Revista Electrónica Iberoamericana, Centros de Estudios de Iberoamérica, Vol. 10, no. 2, 2016,

- b) El tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas,
- c) Las reservas sean incompatibles con el objeto y fin del tratado.

III.2.2. Naturaleza jurídica de los tratados sobre derechos humanos.

Los tratados internacionales que protegen derechos humanos, son tratados atípicos dentro de la teoría del derechos internacional, ya que si bien, los Estados determinaron como mecanismos para establecer compromisos y beneficios mutuos entre éstos, a los tratados, lo cierto es que en el caso de los tratados sobre derechos humanos, el objeto no es establecer derechos y obligaciones entre un Estado o grupo de Estados y otro Estado y grupo de Estados, sino entre los firmantes del tratado y las personas que habitan esos Estados, quienes pueden acudir directamente ante los organismos creados, para hacer cumplir las disposiciones a las que se obligaron.

La Corte IDH al efecto ha señalado que “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.²³⁴

Es así que quienes habitan en un Estado parte de la CADH, pueden acudir directamente ante el sistema interamericano a pedir la sanción, indemnización y

consultable

en:

https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_10_2016_2/REIB_10_02_Art1.pdf.

²³⁴ *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, citada en García Ramírez, Sergio (coord.), *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001, p. 913.

reparación de los derechos humanos que le hayan sido conculcados por las autoridades de su propio Estado.

“A diferencia del común de los tratados internacionales, su objeto y fin los sitúa como instrumentos de tipo normativo, es decir, acuerdos cuyo cumplimiento se verifica en obligaciones que se cumplen hacia las personas sometidas a la jurisdicción de cada Estado, aún y cuando éstas se hayan contraído directamente con los demás Estados que sean parte. De esta forma, los tratados sobre derechos humanos, además de que implican una serie de compromisos entre los sujetos de derecho internacional público que otorgan su consentimiento al suscribirlo, generan obligaciones que se constituyen como una garantía colectiva en favor de las personas”.²³⁵

Con base en lo anterior, los tratados de derechos humanos no son contratos internacionales de derecho público, sino que son normas de derecho internacional creadas en el ejercicio de la soberanía de los Estados, por las cuales se reconocen los derechos humanos de sus habitantes, creando mecanismos de protección que garanticen que, en caso de alguna violación, podrán acudir a solicitar una sanción para el Estado demandado, pero además, una indemnización y reparación por las violaciones que hayan sufrido.

III.2.3. Sistemas para la incorporación del Derecho Internacional al Derecho Interno.

En respeto a la soberanía de cada Estado, cada uno de ellos tiene la libertad de determinar el mecanismo de recepción del derecho internacional en su derecho interno. Normalmente la Constitución de cada Estado establece la manera de incorporar las obligaciones internacionales en el derecho interno, a través de la aplicación de cualquiera de las dos teorías.

²³⁵ Caballero Ochoa, José Luis, *El derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales*, en *Ciclo de conferencias y mesas redondas sobre temas de actualidad en derechos humanos*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2010, p. 24.

III.2.3.1. Teoría dualista.

Esta teoría postulada por Triepel²³⁶, Anzilotti, Duguit y Krabbe, parte de la premisa de que el Derecho Internacional y el Derecho Interno son sistemas jurídicos independientes, ya que provienen de fuente distinta, pero además son distintos sus destinatarios y las materias que regulan son diferentes, por lo que no se superponen nunca y no pueden entrar en conflicto.

En este sentido, un tratado que es aprobado, si bien vincula al Estado, no forma parte del Derecho Interno, hasta que se emitan las disposiciones legislativas y normativas que establezcan la manera de adoptar y adaptar las determinaciones del tratado al derecho interno. Mientras esto no suceda, el tratado no puede aplicarse de forma directa dentro de un Estado.

Un ejemplo, es la Constitución Española en cuyo artículo 93²³⁷, en correlación con el 94, establece que es mediante Ley como se podrá autorizar la celebración de tratados para aceptar la competencia de organización o institución internacional, además que el cumplimiento se garantizará mediante las Cortes Generales.

La teoría dualista corresponde a la concepción de “Estado liberal”, a partir del cual, debe existir un acto legislativo interno que dé reconocimiento y aplicabilidad a las estipulaciones de derecho internacional. Hasta entonces, no entrará en vigor y no se puede aplicar.

III.2.3.2. Teoría monista.

La teoría monista establecida por Kelsen²³⁸, parte de la premisa de que el orden jurídico internacional y el nacional tienen validez uno al lado de otro, formando

²³⁶ Thompson J. José *et. al.*, *op. cit.*, nota 36, p. 22.

²³⁷ Artículo 93. Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

²³⁸ Thompson J. José *et. al.*, *op. cit.*, nota 36, p. 23.

unidad lógica, ya que ambos parten de las disposiciones de la norma fundamental, son como dos brazos del derecho y forman parte de un mismo sistema jurídico.

Así todo el derecho es asimilado a una gran pirámide donde en la parte más alta se encuentra la norma suprema, también llamada fundamental y debajo de ellas las demás normas, así existe una garantía de la unidad del sistema, ya que sería imposible que dos normas se contrapongan al derivar de la misma fuente.

De esta manera es posible aplicar de forma directa cualquier disposición internacional, para que forme parte del derecho interno, sin que sea necesario que al interior de cada Estado sea necesario un acto adicional de recepción, aprobación o incorporación.

Bajo dicha teoría, la norma fundamental puede ser de origen interno o externo y es por ellos que se consideró base de la teoría monista, incluso como límite de la conducta estatal, en la consolidación de la idea por la que se estima que los Estados deben obedecer los estándares internacionales, por encima de las situaciones sociales o políticas internas.

“No obstante, la crítica establece que en muchos aspectos es utópica y no refleja la realidad de las relaciones internacionales. Ello, pese a que se constituyó una construcción teórica admirable, adelantada a su tiempo”.²³⁹

México ha adoptado la teoría monista, al haber reformado el artículo primero constitucional, para dar reconocimiento, vigencia, validez y obligatoriedad a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Dicha incorporación constitucional, supone un nuevo entendimiento respecto de su vinculación con ordenamientos internacionales “que no puede construirse a partir del paradigma de la derivación estrictamente piramidal de todos los cuerpos normativos, ni tampoco del empleo *a fortiori* del correspondiente criterio jerárquico para la interpretación y aplicación de las normas, que no solamente se queda corto

²³⁹ *Ibidem*.

respecto a los tratados en general, sino especialmente con respecto a los correspondientes a derechos humanos”.²⁴⁰

Toda vez que es la propia Constitución la que en el artículo 1º, en correlación con el 133 constitucional, la que establece el método de recepción de los tratados internacionales, no queda duda que la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos, específicamente el interamericano y el derecho interno, es de coexistencia y complementariedad, ya que el fin último de ambos es garantizar la mayor protección posible a las personas que se encuentren dentro del Estado Mexicano.

III.2.4. Los principios aplicables al cumplimiento de los tratados.

El cumplimiento de los tratados vincula a todas las autoridades y órganos de un estado, puesto que el cumplimiento de los tratados se basa en 3 principios²⁴¹:

- a) *Ex consensum advenit vinculum*, según el cual todo tratado vincula a las partes en tanto estas hayan dado su consentimiento, en la forma y términos previstos en su derecho interno;
- b) *Pacta sunt servanda*, es decir, lo acordado debe ser fielmente cumplido por las partes, según lo pactado, con base en el cual, el artículo 26 de la Convención de Viena establece que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, a menos que el consentimiento se haya emitido de forma viciada, situación prevista en el artículo 46 de la Convención, el cual permite que un Estado pueda alegar su derecho interno, cuando la aprobación del tratado se hubiera hecho con base en una violación manifiesta de competencia para celebrar el tratado y con ello se afectara una norma fundamental del Derecho Interno.
- c) *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt (res inter alios acta)*, es decir, que un acuerdo será obligatorio sólo para las partes del mismo, en caso de duda, no

²⁴⁰ Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, nota 235, p. 20.

²⁴¹ Thompson J. José *et. al.*, *op. cit.*, nota 36, p. 21.

pueden hacerse extensivas las obligaciones y derechos a Estados que no sean parte.

- d) *Effet utile*²⁴², se refiere al efecto útil de los tratados, donde los Estados están obligados a hacer útil la existencia de un tratado mediante su cumplimiento.

De esta manera, en lo general, los principios del derecho internacional, que son obligatorios para México, porque ratificó la Convención de Viena, son vinculantes y por tal motivo está obligado a su cumplimiento, sin que pueda invocar disposiciones de derecho interno, para excusarse al respecto.

En lo particular, existen disposiciones dentro de la CADH que igualmente obligan a que México cumpla con sus disposiciones, lo cual está estipulado en los artículos 28.1, 28.2 y 68.1, en los siguientes términos:

Artículo 28.

Cláusula Federal.

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.
2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

Artículo 68.

²⁴² Término utilizado en la sentencia Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 128, consultable en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf.

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

Cabe resaltar que la determinación de hacer vinculante las sentencias de la Corte IDH, convierte al derecho internacional en auténtico.

III.3. La jurisprudencia interamericana.

III.3.1. Concepto de jurisprudencia interamericana.

Por jurisprudencia interamericana debe entenderse “toda interpretación que la Corte IDH realice a la Convención Americana, a sus protocolos adicionales, y a otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza que sean integrados a dicho *corpus iuris* interamericano, materia de competencia del tribunal interamericano”.

Por consecuencia, la jurisprudencia interamericana es toda aquella interpretación que la Corte IDH realice en el ejercicio de sus facultades, a través de las sentencias pronunciadas en los casos contenciosos que se sometan a su consideración; además de las efectuadas en las demás resoluciones que emita al resolver medidas provisionales; en la supervisión de cumplimientos de sentencias; en la instancia de solicitud de interpretación de sentencia o bien; las derivadas de opiniones consultivas.

Establecido el concepto de jurisprudencia, procedamos a describir la evolución que ha tenido en materia de control de convencionalidad *ex officio*.

III.3.2. Evolución de la jurisprudencia interamericana sobre control *ex officio*.

III.3.2.1. Antecedentes de facto y no de concepto.

La doctrina del control difuso de convencionalidad *ex officio*, ha sido desarrollada por la Corte IDH, en aplicación e interpretación de la CADH el cual “debe realizarse por los jueces y órganos de administración de justicia nacionales o domésticos de

los Estados que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han aceptado la jurisdicción de la Corte IDH²⁴³.

El Doctor José Luis Caballero, parafraseando al Doctor Eduardo Ferrer explica que el carácter difuso del control de convencionalidad “debe ser aplicado por todos los jueces nacionales- y por tanto en nuestro caso, federales y locales- a manera de una fuerza expansiva de su jurisprudencia hacia todos los jueces de los estados que han reconocido su jurisdicción”.²⁴⁴

Según Carlos Ayala²⁴⁵ la primera ocasión que la Corte IDH hizo una verificación de convencionalidad de las normas internas, contrastándolas con la CADH, fue en el caso *Castillo Páez vs Perú*, en la sentencia del 3 de noviembre de 1997, respecto de las distintas leyes de amnistía que se habían emitido en dicho país y sentó precedente en el sentido de que dichas leyes son contrarias a la CADH, y por lo tanto eran violatorias del tratado. Sin embargo, en el texto de los argumentos no se utiliza el concepto.

Ernesto Rey²⁴⁶ por su parte, asegura que la primera vez que la Corte IDH realizó un análisis de compatibilidad en la CADH, fue en el caso *Las Palmeras vs Colombia*, sentencia del 4 de febrero de 2000, en cuyo párrafo 32 dispuso:

“32. La Convención Americana es un tratado internacional según el cual los Estados Partes se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Convención prevé la existencia de una Corte Interamericana para “conocer

²⁴³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 58, p. 370.

²⁴⁴ Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º. Segundo párrafo de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. 119.

²⁴⁵ Ayala Coaro, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Instituto de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, 2003, p. 134.

²⁴⁶ Rey Cantor, Ernesto, “Controles de convencionalidad de las leyes”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, 2008, tomo II, p. 241.

de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación” de sus disposiciones (artículo 62.3).

Cuando un Estado es Parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aun cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno.

La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad”.²⁴⁷

Sin embargo, el control de convencionalidad *ex officio* como concepto, fue desarrollado varios años después.

III.3.2.2. Antecedentes aislados en voto razonado.

Los orígenes de la doctrina del control de convencionalidad datan del 25 de noviembre de 2003, derivadas de un voto concurrente razonado emitido por el entonces Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte IDH en el Caso Myrna Mach Chang del 25 de noviembre de 2003, en cuyo párrafo 27 expuso:

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

²⁴⁷ Corte IDH, *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares*, sentencia del 4 de febrero de 2000, párr. 32, consultable en: https://www.corteidh.org.cr/docs/casos/articulos/Seriec_67_esp.pdf

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 fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.²⁴⁸

Posteriormente, dicho criterio fue reiterado en sendos votos particulares del mismo juez, como fue el caso *Tibi vs Ecuador* en el año 2004, en el cual expresó:

3. ... si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos...²⁴⁹

El Juez García Ramírez mencionó por primera vez el concepto “control de convencionalidad”, pero además explicitó que se refería a un mecanismo de control de la convencionalidad, que se ejercía desde la Corte IDH, para verificar que los Estados parte cumplieran con la convencionalidad a la que se habían obligado, además de lograr que sus criterios se fueran trasladando a los criterios jurisdiccionales domésticos y en sus leyes nacionales.

Resulta importante también citar el voto razonado emitido en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay*²⁵⁰, Fondo, Reparaciones y Costas, de 26 de septiembre de 2006, porque fue constantemente citado por la Corte IDH, ya que expuso que dicha

²⁴⁸ Voto concurrente razonado formulado por el Juez Sergio García Ramírez, a propósito de la sentencia emitida en el caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, de fecha 25 de noviembre de 2003, párr. 27, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf.

²⁴⁹ Voto concurrente razonado formulado por el Juez Sergio García Ramírez, a propósito de la sentencia emitida en el caso *Tibi vs Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de fecha 7 de septiembre de 2004, párrs. 3-6, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.

²⁵⁰ Voto razonado formulado por el juez Sergio García Ramírez, a propósito de la sentencia emitida en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, en fecha 26 de septiembre de 2006, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_155_esp.pdf.

Corte no es de ninguna manera una tercera o cuarta instancia jurisdiccional, ni nunca ha sido su intención serlo:

6. La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende -jamás lo ha hecho-, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno.

La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos.

En casos posteriores entenderemos la relevancia de este voto razonado.

III.3.2.3. Evolución en orden cronológico.

A continuación, se presentan en orden cronológico los casos seleccionados para esta investigación, que se consideran fueran alimentando la teoría del control de convencionalidad *ex officio*, tomando como características:

- a) Aquellos en donde por primera ocasión se hizo una incorporación novedosa al concepto, ya fuera porque ayudaba a explicitar su contenido o porque ampliaba su ámbito de acción o esclarecía alguna idea o mecanismo de interpretación, y
- b) Aquellos que contuvieran referencias a otros conceptos relevantes, para comprender los alcances o restricciones al concepto de control *ex officio* o conceptos relacionados.

III.3.2.3.1. Caso Almonacid Arellano vs. Chile.

En el caso *Almonacid y Otros vs Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, en los párrafos 121, 124 y 125 la Corte IDH señaló:

121. El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley No. 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente.

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 [...] 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.

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno.... Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.²⁵¹

Con base en lo anterior, la relevancia de dicho precedente estriba en lo siguiente:

1. Por primera vez la Corte IDH se pronunció en una sentencia sobre la obligación de realizar un “control de convencionalidad”, que implica contrastar el contenido de las normas jurídicas internas, contra la determinación de la CADH, considerando no sólo al tratado, sino a la interpretación que del mismo hace la Corte IDH;
2. Determinó que la obligación de realizar tal control, recae en los jueces al analizar el caso por caso;
3. Al realizar el control se debe dar preeminencia, por encima de las leyes internas que sean contrarias a su objeto y fin, a las disposiciones convencionales,
4. Se confirmó el hecho de que un Estado no puede invocar el derecho interno, para desentenderse de las obligaciones convencionales adquiridas; y
5. Deja claro que cualquier Ley contraria a la Convención, debe modificarse, lo cual implica una obligación de los Estados de adecuar su legislación interna a las disposiciones interamericanas.

Esta sentencia fue el parteaguas a partir del cual se fue construyendo la doctrina interamericana del control de convencionalidad *ex officio*, cuya evolución se muestra en los precedentes siguientes.

²⁵¹ Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano vs Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

III.3.2.3.2. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.

La sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, fue dictada el 24 de noviembre de 2006 y su relevancia consistió en que incorporó el carácter *ex officio* del control difuso de convencionalidad, por lo que la verificación de compatibilidad se debe hacer, aun cuando las partes no lo invoquen como se expuso en el párrafo 128:

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.²⁵²

De igual manera se precisó que el control de convencionalidad *ex officio*, se debe aplicar considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones, con base en el derecho interno.

²⁵² Corte IDH, Caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf.

En esta sentencia también se incorporó el término *effet utile*, como un principio de cumplimiento a los tratados internacionales, al que ya nos referimos en los apartados anteriores en el párrafo 44 de la sentencia.

III.3.2.3.3. Caso Boyce y otros vs. Barbados.

En el caso *Boyce y otros vs Barbados*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 20 de noviembre de 2007, en el párrafo 77 la Corte IDH señaló:

77. La Corte observa que el CJCP llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.²⁵³

En esta sentencia se aclara que no basta que los Estados hagan un control de constitucionalidad, sino que de buena fe cumplir con sus obligaciones bajo la CAHD y no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno, como justificación para su incumplimiento.

Para explicar el cómo se debía hacer dicho control, citó fracciones del párrafo 124 del caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*.

²⁵³ Corte IDH, Caso *Boyce y otros vs Barbados*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 20 de noviembre de 2007, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf.

III.3.2.3.4. Caso Radilla Pacheco vs. México.

La sentencia *Radilla Pacheco vs México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, fue emitida el 23 de noviembre de 2009, en cuyos párrafos 338, 340 y 342, la Corte IDH determinó:

338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

340. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso.

342. No obstante lo anterior, la Corte declaró en el Capítulo IX de este Fallo, que el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana [...]. En consecuencia, el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la

citada disposición con los estándares internacionales de la materia y de la Convención, de conformidad con los párrafos 272 a 277 de esta Sentencia.

La relevancia de este precedente para México fue trascendental y de éste hablaremos a profundidad en el Capítulo siguiente, en el cual mostraremos cómo se ha desarrollado el control de constitucionalidad y convencionalidad en la jurisprudencia mexicana e incluso, analizando si ésta es acorde a la jurisprudencia interamericana.

Por ahora baste decir que, por cuanto hace a la evolución de dicha doctrina en la jurisprudencia interamericana tuvo tres importantes características:

1. Por un lado, determinó que no basta la existencia de normas acordes con las disposiciones de la Convención, o bien la supresión o eliminación de aquellas disposiciones normativas del sistema jurídico interno, contrarias a la CADH para que se considere que se está cumpliendo con la misma, sino que además es necesario que desarrollen prácticas impulsadas desde el Estado, dirigidas a la observancia efectiva de los derechos y libertades que protege la Convención.
2. Se precisó que la convencionalidad abarcaba no sólo el análisis de compatibilidad de las leyes, en contraste con la CADH y la jurisprudencia dictada por la Corte IDH, sino también de las interpretaciones constitucionales y legislativas que se hagan en el ámbito interno, debiendo sujetarse a la jurisprudencia interamericana y,
3. Que, en lo específico del caso, se debía hacer una adecuación legislativa en un plazo razonable, para adecuarla al estándar interamericano.

III.3.2.3.5. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México.

La sentencia sobre el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), fue emitida el 26 de noviembre de 2010 en cuyo párrafo 230, señala:

“225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” 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, 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”.

Esta sentencia tuvo importantes aportaciones, como son:

1. Señaló que la CADH, obliga a todos los órganos del Estado, incluidos los jueces y los órganos vinculados a la administración de justicia de todos los niveles; y
2. Delimitó que dicho control debe hacerse en sus respectivas competencias y con base en las regulaciones procesales correspondientes, dando así relevancia al aspecto procesal y el respeto a los ámbitos de competencias.

Dicha sentencia fue objetada por el juez *ad hoc*²⁵⁴ para dicho caso, el mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor²⁵⁵, en el que expuso sus argumentos respecto a la desestimación de la excepción hecha valer por el gobierno Mexicano, en el que invocó la posible incompetencia de la Corte IDH, en virtud de que los jueces nacionales ya habían llevado a cabo el control de convencionalidad al que obliga la jurisprudencia interamericana, sosteniendo que si ésta conocía del asunto, se estaría constituyendo como una “cuarta instancia”, situación prohibida por la CADH.

Sobre este punto, fue la primera vez que un Estado hizo valer como excepción preliminar la incompetencia de la Corte IDH respecto a que no podía constituirse en una “cuarta instancia”, partiendo del hecho de que los jueces nacionales ya habían hecho control *ex officio*, puesto que el asunto había sido analizado por vía de amparo, es sede interna, aplicando la CADH y la jurisprudencia interamericana.

Al respecto la Corte IDH consideró que no es una “cuarta instancia”, pero sí puede revisar la actuación de los jueces nacionales y verificar que hayan realizado correctamente el control de convencionalidad, pero no bajo la luz de la legislación nacional, porque eso implicaría examinar nuevamente los hechos, valorar las pruebas y emitir una sentencia que eventualmente emitir una sentencia que pudiera

²⁵⁴ Conforme al artículo 10 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado mediante resolución número 448, adoptada por la Asamblea General de la OEA, celebrada en la Paz, Bolivia en 1979, procede nombrar Juez *Ad hoc* conforme a lo siguiente: 1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados que sean partes en un caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del caso. 2. Si uno de los jueces llamados a conocer de un caso fuera de la nacionalidad de uno de los Estados que sean partes en el caso, otro Estado parte en el mismo caso podrá designar a una persona para que integre la Corte en calidad de juez *ad hoc*. 3. Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuera de la nacionalidad de los Estados parte en el mismo, cada uno de éstos podrá designar un juez *ad hoc*. Si varios Estados tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte. En caso de duda, la Corte decidirá. 4. Si el Estado con derecho a designar un juez *ad hoc* no lo hiciera dentro de los treinta días siguientes a la invitación escrita del Presidente de la Corte, se considerará que tal Estado renuncia al ejercicio de ese derecho. Para el nombramiento se considerará el artículo 4, que no permite que haya más de 1 juez de la misma nacionalidad; deben jurar el cargo, les aplican las mismas disposiciones relativas a deberes, derechos y responsabilidades.

²⁵⁵ Voto razonado formulado por el Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor, a propósito de la sentencia emitida en el Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, en fecha 26 de noviembre de 2010, consultable en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf.

tener por efecto confirmar, modificar o revocar el veredicto nacional, cuestión que claramente excedería la competencia de la jurisdicción internacional al sustituir la jurisdicción interna, violentando el carácter subsidiario y complementario de la Corte IDH.

Por consecuencia, el Tribunal Interamericano concluyó que:

“11. De lo expuesto se concluye que la jurisdicción interamericana será competente, en determinados casos, para revisar las actuaciones de los jueces nacionales, incluido el correcto ejercicio del “control de convencionalidad”, siempre y cuando el análisis se derive del examen que realice de la compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de sus Protocolos adicionales y de su propia jurisprudencia convencional; sin que ello implique convertir al Tribunal Interamericano en un “tribunal de alzada” o de “cuarta instancia”, ya que su actuación se limitará al análisis de determinadas violaciones de los compromisos internacionales asumidos por el Estado demandado en el caso particular, y no de todas y cada una de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales domésticos, lo que evidentemente en este último supuesto equivaldría a sustituir a la jurisdicción interna, quebrantando la esencia misma de la naturaleza coadyuvante o complementaria de los tribunales internacionales.”

Existe un análisis muy interesante sobre esta excepción preliminar realizado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor²⁵⁶, sin embargo, la misma no prosperó y la jurisprudencia interamericana quedó firme en el sentido de que no procede una excepción en tal sentido, puesto que el carácter de la Corte IDH es complementario y subsidiario a los Estados.

²⁵⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 58, pp. 339-429.

III.3.2.3.6. Caso Gelman vs. Uruguay.

La sentencia del caso *Gelman vs Uruguay*, Fondo y Reparaciones, fue dictada el 24 de febrero de 2011, en cuyo aspecto más relevante se encuentra en el párrafo 239, conforme a lo siguiente:

“239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (*supra* párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos

a la ley". Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales".²⁵⁷

Con base en lo anterior hubo una evolución en la interpretación respecto a qué autoridades deben hacer control de convencionalidad, considerando que debe realizarlo cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial.

Lo más relevante a destacar de esta sentencia es que al esbozar el contexto de los regímenes democráticos, fija límites a lo que pueden hacer las autoridades electas democráticamente en aras de proteger a la propia democracia, es decir a lo que pueden decidir las mayorías en las instancias democráticas, que son consideradas autoridades para efectos de la CADH y de la jurisprudencia de la Corte IDH. Luego entonces, no porque esas mayorías sean electas democráticamente, pueden tomar decisiones ilimitadas, sino que, por el contrario, el límite de sus decisiones estriba en 2 aspectos:

1. La tutela de los derechos fundamentales, siendo los primeros entre todos, el derecho a la vida, a la libertad personas, que no pueden sacrificarse en aras de ninguna mayoría, ni interés general, ni bien común o público, y
2. La sujeción de los poderes públicos a la ley.

Por consecuencia, tienen la obligación de adecuar el derecho interno a todas las normas que la Corte IDH emita.

III.3.2.3.7. Caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*.

El caso *Fontevicchia y D'Amico vs Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, fue resuelto por sentencia del 29 de noviembre de 2011 y se estima relevante porque determinó que para que se pueda restringir la libertad de expresión, como derecho humano, la medida debe ser necesaria, señalando en su párrafo 54:

²⁵⁷ Corte IDH, Caso *Gelman vs Uruguay*, Fondo y Reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_222_esp.pdf.

54. Desde su primera decisión sobre la materia el Tribunal ha hecho suyo el criterio que para que una restricción a la libre expresión sea compatible con la Convención Americana, aquella debe ser necesaria en una sociedad democrática, entendiendo por "necesaria" la existencia de una necesidad social imperiosa que justifique la restricción.

Este precedente es relevante porque hace referencia a un criterio que ya había pronunciado la Corte IDH en la opinión consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, a propósito del requerimiento que le hizo Costa Rica, en relación con la obligatoriedad de la Colegiación de Periodistas, donde explicó el estándar que debe cubrir la legislación interna para imponer una restricción, explicado en los párrafos 45 y 46, que se transcriben a continuación:

45. La forma como está redactado el artículo 13 de la Convención Americana difiere muy significativamente del artículo 10 de la Convención Europea, que está formulado en términos muy generales. En este último, sin una mención específica a lo "necesario en una sociedad democrática", habría sido muy difícil delimitar la larga lista de restricciones autorizadas. En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa.

46. Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la "existencia de una" necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna". (Eur. Court H. R., *The Sunday Times case*, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a

satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (The Sunday Times case, supra, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26).

Como se puede apreciar, lo valioso de este precedente es haber retomado las cualidades que debe tener una restricción a derechos humanos, para que se considere convencional, a partir del análisis del derecho a la libertad de expresión.

Así, para que una restricción a un derecho, como el de libertad de expresión, se estime convencional, ésta debe ser necesaria, entendiendo por tal el satisfacer un “interés público imperativo” y para ello, no basta que la ley cumpla un propósito útil u oportuno, sino que debe ser proporcional al interés público que lo justifica, ajustarse al logro del objetivo social deseado, pero, sobre todo, no puede limitar más allá de lo estrictamente necesario.

Se cita este precedente, en lugar de la propia opinión consultiva, porque las opiniones consultivas no formaban parte de la jurisprudencia interamericana para 2011, sino a partir de la Opinión Consultiva 21/14 que se explicará más adelante.

III.3.2.3.8. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala.

El caso *Gudiel Álvarez y otros vs Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, de fecha 20 de noviembre de 2012, que requirió una interpretación de su contenido que

fue emitida el 19 de agosto de 2013, estableció respecto al control de convencionalidad en su párrafo 330, lo siguiente:

330. Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.²⁵⁸

Este precedente se estima relevante por dos razones:

1. Porque determina que el Control de Convencionalidad se extiende a otros tratados en materia de Derechos Humanos y no sólo la CADH, y

2. Porque incluye al Ministerio Público de forma expresa, como órgano vinculado a la administración de justicia, obligado a ejercer control *ex officio*.

²⁵⁸ Corte IDH, Caso *Gudiel Álvarez y otros vs Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 20 de noviembre de 2012, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp.pdf.

III.3.2.3.9. Caso *Gelman vs. Uruguay* (supervisión de cumplimiento de sentencia).

La Corte IDH al dar seguimiento al caso *Gelman vs Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia del 24 de febrero de 2011, citada en el inciso 6, emitiendo nueva sentencia de fecha 20 de marzo de 2013, esbozó uno de los desarrollos más trascendentes de la doctrina del control de convencionalidad en los siguientes párrafos:

80. Cuando se produce autoridad de la cosa juzgada internacional debido a la firmeza de la sentencia de la Corte IDH —que implica su carácter “inmutable”— existe una eficacia directa y subjetiva de la sentencia (res judicata) hacia las partes en su integridad (véase supra párrs. 34 a 42); y una eficacia interpretativa objetiva e indirecta de la norma convencional (res interpretata) hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana (véase supra párrs. 43 a 66).²⁵⁹

82. Esto implica dos manifestaciones distintas en el ejercicio del “control de convencionalidad” en sede nacional que involucra directamente a las partes que intervinieron en el proceso internacional (res judicata); y de manera indirecta a todas las autoridades de los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata).²⁶⁰

84. En ese supuesto, el “control de convencionalidad” constituye una herramienta útil, adecuada y necesaria para lograr el cumplimiento y debida implementación de la sentencia internacional, en la medida en que esta institución permite aplicar no sólo el Derecho Internacional y particularmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino también posibilita cumplir con la obligación internacional derivada de la sentencia interamericana de conformidad con el artículo 68.1 de la Convención

²⁵⁹ Corte IDH, Caso *Gelman vs Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, resolución del 24 de febrero de 2011, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf.

²⁶⁰ *Ídem*.

Americana. Lo anterior adquiere especial relevancia cuando el cumplimiento de la sentencia internacional implica “dejar sin efectos” una norma general, en tanto que todas las autoridades y con mayor razón las que realizan funciones jurisdiccionales —en todos los niveles— “tienen la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso”.²⁶¹

92. La Corte IDH consideró en la Resolución de supervisión de cumplimiento a que se refiere el presente voto razonado, que el “control de convencionalidad” constituye “una obligación” de toda autoridad de los Estados Parte de la Convención de garantizar el respeto y garantía de los derechos humanos, dentro de las competencias y regulaciones procesales correspondientes. En este sentido, el fundamento de esta obligación deriva de la eficacia jurídica de la propia Convención, fundamentalmente de las obligaciones convencionales de “respeto”, “garantía” y “adecuación” (normativa/interpretativa) previstas en los artículos 1º y 2º del Pacto de San José, en relación con el artículo 29 del mismo Pacto, con la finalidad de lograr la mayor efectividad del derecho humano involucrado.²⁶²

En esta sentencia se explica el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, distinguiendo si el Estado fue parte del caso o bien, si no lo fue, creando los siguientes conceptos:

- a) *Res iudicata*, refiriéndose al efecto vinculante de los casos en que los Estados son parte, caso en el cual la obligación de cumplimiento es directa, completa y absoluta para todas las autoridades, ya sean legislativas, administrativas o jurisdiccionales del total de la sentencia, incluyendo fundamentos, consideraciones, resolutivos y efectos que produce, lo que toma una especial relevancia, cuando la sentencia implica “dejar sin efectos”

²⁶¹ *Ídem.*

²⁶² *Ídem.*

una norma general, lo que obliga a todas las autoridades, pero sobre todo a las jurisdiccionales de hacer prevalecer la CADH, por lo que la “Suprema Corte de Justicia de Uruguay”, no puede ya hacer interpretaciones respecto de la “cosa juzgada”, ni siquiera invocando disposiciones de su propia Constitución que les faculta a hacer “control de constitucionalidad”, porque eso constituye un “obstáculo para el pleno acatamiento de la Sentencia”. Para aplicar la sentencia, la SCJN y todos los jueces nacionales, deben cumplir la sentencia y aplicarla como criterio en todos los casos basados en la *rationes dicendi* de la propia sentencia de la Corte IDH.

- b) *Res interpretata*, que se refiere al efecto vinculante que tiene una sentencia para el resto de los Estados que no fueron parte en el asunto, como “norma convencional interpretada” de tal manera que sus efectos son “relativos”, ya que si exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional, las autoridades nacionales podrán aplicar el estándar interpretativo e incluso, pueden dejar de aplicar la norma convencional, cuando exista otra norma nacional o internacional que amplíe la efectividad del derecho o libertad en juego, considerando las reservas, declaraciones interpretativas y denuncias en cada caso. Sin embargo, su aplicación debe hacerse por todas las autoridades, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, ya sea en la “emisión o aplicación de normas”, en cuanto a su validez y compatibilidad con la convención, como en la “determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos”.

De igual manera en los párrafos 97 a 100 se reconoce el carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana, que ha generado un “control dinámico y complementario” que deben realizar los Estados parte, de tal manera que todas las autoridades, al aplicar los criterios de decisión emitidos por la Corte IDH, deben ejercer un control “primario” de convencionalidad, pero se integran como garantes

de los derechos humanos, al “Sistema Interamericano Integrado”. Así lo señala expresamente la Corte IDH.

100. En definitiva, transitamos hacia un “Sistema Interamericano Integrado” —con un “control de convencionalidad” dinámico y complementario—, lo que está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región.²⁶³

De esta manera se reconoce la creación de un *corpus iuris interamericano* o bien un *ius constitutionale commune americanum* que será obligatorio para todos los Estados parte.

III.3.2.3.10. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname.

El caso *Liakat Ali Alibux vs Suriname*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de enero de 2014, estipuló en su párrafo 124.

124. Finalmente, en relación con los argumentos del representante y de la Comisión (supra párrs. 112 y 113) sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de estos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los

²⁶³ *Ídem.*

órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.²⁶⁴

Por medio de dicha sentencia la Corte IDH, por un lado, reconoció que no es necesario que exista un Tribunal Constitucional en los Estados Parte para que se realice control de convencionalidad y por otro, que en su jurisprudencia, no se impone un modelo específico para realizar dicho control, ya que cada Estado puede adoptar el que considere pertinente, sin embargo, dicha atribución debe ejercerse por todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.

III.3.2.3.11. Opinión consultiva OC-21/14.

En la Opinión Consultiva OC-21/14, emitida el 19 de agosto de 2014, por la Corte IDH, la misma tiene relevancia por dos razones:

1. Primero porque precisa qué disposiciones forman parte del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, el cual se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de soft law, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente.

2. Porque determina que todo lo que interpreta la Corte IDH como parte de una opinión consultiva, es parte de la jurisprudencia, misma que se extiende no sólo a los Estados parte de la CADH, sino a todos los Estados miembros de la OEA se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana, en los siguientes términos:

²⁶⁴ Corte IDH, Caso *Liakat Ali Alibux vs Suriname*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 30 de enero de 2014, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf.

31. Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.I) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.²⁶⁵

En consecuencia, el contenido de las opiniones consultivas, forman parte del *corpus iuris interamericano*. Lo interesante de esta opinión como precedente, será analizar en lo subsecuente el rumbo que adopte la CIDH y la propia Corte IDH, respecto a cómo aplicar de forma preventiva dicho *corpus iuris interamericano* a los otros Estados de la OEA que no firmaron la CADH, pero que conforme a esta

²⁶⁵ Corte IDH, *Opinión consultiva OC-21/14*, resolución del 19 de agosto de 2014, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_es.pdf.

interpretación, sí quedaron obligados a respetar los derechos humanos al haber firmado la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana. Pareciera que han determinado una “extensión de su competencia” por interpretación.

III.3.2.3.12. Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador.

El caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de octubre de 2015 pondera la importancia de la capacitación en materia de derecho interamericano, como medida para garantizar la debida protección de los derechos humanos. Así lo esbozó en el párrafo 229:

229. Esta Corte ha establecido que la capacitación de funcionarios públicos es una medida importante para garantizar la no repetición de los hechos que generaron las violaciones, y ha ordenado la capacitación de policías, fiscales, y jueces en materia de prevención, investigación y sanción de la tortura en varios casos. En el caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, esta Corte ordenó la creación de un programa o curso permanente y obligatorio sobre derechos humanos, incluyendo la perspectiva de género y niñez, destinado a la Fuerza Armada de El Salvador. En el Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador ordenó la implementación de programas permanentes de derechos humanos dirigidos a policías, fiscales, jueces y militares, así como a funcionarios encargados de la atención a familiares y víctimas de desaparición forzada de personas, en los cuales se incluya el tema de los derechos humanos de niñas y niños desaparecidos durante el conflicto armado interno y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, así como del control de convencionalidad. Hasta la fecha, la Corte no ha ordenado ningún programa de capacitación relativo a la investigación y documentación eficaces de la tortura, dirigido a la Policía

Nacional Civil y/o a los órganos relacionados con el sistema de administración de justicia en El Salvador.²⁶⁶

Este precedente es relevante porque por determinación de la jurisprudencia, la capacitación de policías, fiscales, militares, jueces en materia de prevención, investigación y sanción de la tortura, así como de funcionarios encargados de la atención a familiares y víctimas de la desaparición forzada de personas, es obligatoria. Habrá que revisar cuántos de los Estados miembros de la CADH han acatado esta determinación jurisprudencial.

III.3.2.3.13. Caso Comunidad Garífuna De Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras.

El caso *Comunidad Garífuna De Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 8 de octubre de 2015, es un caso seleccionado porque en el mismo, después de revisar los hechos y consideraciones del caso, la Corte IDH concluye que cuando la norma no se ha aplicado, ni se ha realizado una interpretación respecto de ella, aunque se pueda sospechar de su contenido, no es posible hacer un ejercicio de convencionalidad, porque no se tiene elementos para ello. Así lo expuso en el párrafo 255:

255. En vista de lo anterior, el Tribunal considera que no cuenta con elementos concretos y consistentes para analizar la supuesta incompatibilidad de la normativa procesal, por lo que no se demostró, para efectos del presente caso, una violación directa del artículo 2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1.1 y 25 de la misma. Sin embargo, la Corte reitera la relevancia de la debida interpretación de la legislación y aplicación del control de convencionalidad, a la luz de la

²⁶⁶ Corte IDH, *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 5 de octubre de 2015, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf.

jurisprudencia de la Corte y los estándares en materia indígena establecidos por la misma.²⁶⁷

En este sentido, la conclusión es que un requisito de procedibilidad para realizar control *ex officio* de convencionalidad, es que se haya aplicado la norma o bien, que se haya interpretado de alguna manera al caso concreto materia de análisis.

III.3.2.3.14. Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador.

El Caso *García Ibarra y otros vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2015, en su párrafo 103 se dispuso:

103. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad, que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Es decir, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. Es precisamente en función de ese principio de complementariedad que, en la jurisprudencia de la Corte, se ha desarrollado la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”. De este modo, solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la

²⁶⁷ Corte IDH, Caso *Comunidad Garífuna De Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 8 de octubre de 2015, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf.

Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad, entonces el caso podría llegar ante el Sistema.²⁶⁸

Con base en lo anterior, se insistió que las funciones de la Corte IDH se basan en el principio de “complementariedad”, por lo que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es sólo “coadyuvante y complementario”. Esto quiere decir que los Estados quien debe resolver y respetar los derechos humanos de forma interna, antes que responder ante instancias internacionales, lo cual no deja dudas al carácter subsidiario de la Corte IDH.

En este sentido, con base en este precedente se fortalece la vinculación entre el control de convencionalidad y el principio de complementariedad.

III.3.2.3.15. Opinión consultiva OC-22/16.

La opinión consultiva OC-22/16, resolución emitida el 26 de febrero de 2016, emitida a propósito de la solicitud hecha por Panamá a la debida interpretación del artículo 1.2 de la CADH, en relación con el artículo 8.1 del Pacto de San Salvador, tuvo por objeto aclarar el alcance y protección de las personas físicas, por medio de las personas jurídicas o entidades no gubernamentales reconocidas, tanto para agotar los procedimientos de jurisdicción interna, como para plantear denuncias de violación a los derechos humanos ante la Corte IDH.

Lo relevante de esta opinión consultiva es:

1. Que incorpora el término de control de convencionalidad preventivo, que se alcanza, cuando los Estados parte, plantean una consulta y la Corte IDH se pronuncia, antes de ejecutar cualquier acto de autoridad interno.
2. Fija los conceptos de persona jurídica, entendiendo por tal “toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias, distintas a las de sus miembros o

²⁶⁸ Corte IDH, Caso *García Ibarra y otros vs Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 17 de noviembre de 2015, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_306_esp.pdf.

fundadores, y que sea calificada como persona jurídica según la ley del lugar de su constitución”²⁶⁹, así como el de legitimación activa, como “la aptitud para ser parte en un proceso, de conformidad con lo previsto en la Ley”.²⁷⁰

3. Se reitera que las personas jurídicas en el marco de la Convención Americana no son titulares de los derechos establecidos en ésta y, por tanto, no pueden presentar peticiones o acceder directamente, en calidad de presuntas víctimas y haciendo valer derechos humanos como propios, sino sólo en representación de sus asociados.
4. Las Comunidades Indígenas y Tribales son titulares de derechos protegidos por el sistema interamericano, únicamente como sujetos de derecho a los miembros de las comunidades y no a estas últimas como tal, sin embargo, se reconoce que como comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, la expresión “toda persona” “se refiere tanto al sujeto individual como al sujeto colectivo. En otras palabras, una persona puede ejercer los derechos culturales individualmente o en asociación con otras; o dentro de una comunidad o un grupo.
5. En el caso de los sindicatos, federaciones y confederaciones, que es el objeto del Protocolo de San Salvador, que son interlocutores de los asociados y buscan salvaguardar sus derechos e intereses, por lo cual están autorizados a presentarse ante el sistema interamericano en defensa de sus propios derechos, por lo que pueden presentar peticiones individuales ante la CADH en representación de sus asociados.
6. Las personas físicas en algunos casos pueden llegar a ejercer sus derechos a través de personas jurídicas, de manera que en dichas situaciones podrán

²⁶⁹ Corte IDH, *Opinión consultiva OC-22/16*, resolución emitida el 26 de febrero de 2016, párrafo 28, inciso a), consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf.

²⁷⁰ *Ibidem*, párrafo 28, inciso b).

acudir ante el Sistema Interamericano para presentar las presuntas violaciones a sus derechos.

7. Las personas físicas bajo ciertos supuestos pueden agotar los recursos internos mediante recursos interpuestos por las personas jurídicas.
8. Para determinar si son admisibles las denuncias de violación a derechos humanos ejercidos a través de personas jurídicas, se tendrá que hacer un análisis de cada caso en concreto.

Así lo concluyó en el párrafo 120:

120. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte considera que debido a las múltiples formas que pueden surgir de la figura de personas jurídicas, tales como empresas o sociedades comerciales, partidos políticos, asociaciones religiosas u organizaciones no gubernamentales, no es viable establecer una fórmula única que sirva para reconocer la existencia del ejercicio de derechos de personas naturales a través de su participación en una persona jurídica, de manera como lo ha realizado con el derecho a la propiedad y a la libertad de expresión. Por ello, la Corte determinará la manera de probar el vínculo cuando analice la alegada violación de uno de los derechos presuntamente vulnerados en un caso contencioso concreto.²⁷¹

Por tanto, las personas jurídicas (personas morales) en principio, no pueden ser objeto de protección ante la CADH o la Corte IDH, pero sí las personas físicas que formen parte de éstas, como las comunidades tribales, los sindicatos, las federaciones y confederaciones.

²⁷¹ Corte IDH, *Opinión consultiva OC-22/16*, resolución emitida el 26 de febrero de 2016, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf.

III.3.2.3.16. Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala.

El caso *Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de febrero de 2016, determinó en su párrafo 247, a propósito de las funciones de los jueces de ejecución penal:

247. Ciertamente en este caso el objeto de lo solicitado mediante los referidos incidentes era la libertad anticipada, en los que se alegaba la existencia de una enfermedad terminal o una situación extraordinaria. Es decir, ante determinada situación informada, el juez debía decidir si otorgaba un beneficio de redención de pena y la consecuente libertad anticipada. De este modo, es necesario aclarar que lo señalado anteriormente no significa que los jueces de ejecución estén obligados a decidir en todos los casos por la libertad de la persona privada de libertad. Lo relevante es que los jueces de ejecución actúen con la mayor vigilancia y debida diligencia en función de las particulares necesidades de protección de la persona privada de libertad y los derechos en cuestión, particularmente si la enfermedad puede complicarse o agravarse ya sea por las circunstancias propias de la persona, por falta de capacidad institucional de atender la situación o por negligencia de las autoridades penitenciarias encargadas. Lo anterior implica que, en ejercicio de un adecuado control judicial de las garantías de las personas privadas de libertad, los jueces de ejecución deben adoptar sus decisiones con base en la más amplia valoración de elementos probatorios, particularmente periciales y de carácter técnico, incluidas visitas o inspecciones al centro penitenciario para verificar la situación planteada. De este modo, sea cual sea la decisión finalmente tomada, la misma debe reflejarse en un adecuado razonamiento y debida motivación.²⁷²

²⁷² Corte IDH, Caso *Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de febrero de 2016, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_es.pdf.

La relevancia de este precedente consiste en haber resaltado la importancia del razonamiento y la debida motivación que debe hacer en las decisiones que adopten los jueces al determinar la protección de un derecho fundamental, como sería en este caso, el derecho a la protección de la salud y la integridad física, por encima del cumplimiento de una pena privativa de libertad.

No basta con que se enuncie el derecho a proteger, sino que incluso deben justificar su decisión basados en elementos probatorios, explicando como éstos sirven de base para la toma de la decisión.

III.3.2.3.17. Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú.

El caso *Tenorio Roca y otros vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de junio de 2016, previó en sus párrafos 232 y 233, lo siguiente:

232. En efecto, la determinación para el caso concreto no subsana o invalida el hecho de que la tipificación que continúa vigente del delito de desaparición forzada de personas en el artículo 320 del Código Penal, y su interpretación por medio del Acuerdo Plenario No. 9-2009/CJ-116, no se adapta a los parámetros internacionales y podrían potencialmente constituir una fuente de impunidad en casos de desaparición forzada de personas, sobre todo en aquellos casos como el presente en los que la víctima lleva décadas desaparecida.

233. Por consiguiente, esta Corte concluye que mientras el artículo 320 del Código Penal no sea correctamente adecuado a los estándares internacionales, el Estado continúa incumpliendo los artículos 2 de la Convención Americana y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.²⁷³

²⁷³ Corte IDH, Caso *Tenorio Roca y otros vs Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 22 de junio de 2016 consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_314_esp.pdf.

Con base en lo anterior, se determinó que aún y cuando se haga control de convencionalidad y éste se haya ejercido correctamente por las autoridades internas, no será suficiente para eximir al Estado de su responsabilidad internacional, mientras mantenga vigente la disposición inconvencional que viola la CADH u otros tratados.

Este precedente es trascendente porque *a contrario sensu*, para que un Estado se estima que cumple con el estándar internacional, debe modificar toda disposición jurídica que ya haya sido considerada violatoria de derechos humanos por la Corte IDH.

III.3.2.3.18. Caso Andrade Salmón vs. Bolivia

El caso *Andrade Salmón vs Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de diciembre de 2016, resulta relevante citar el párrafo 94:

94. De lo anterior se desprende que, en el sistema interamericano, existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico; en otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de

reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados.²⁷⁴

Por medio de este criterio, se reafirma el carácter complementario y dinámico de la Corte IDH, respecto de la protección de los derechos fundamentales previstos en el *corpus iuris interamericano*, considerando que la obligación primaria de protección es de las autoridades internas, tal como lo prevé el artículo 1º de la Constitución Mexicana (todas las autoridades y no sólo las del Poder Judicial), de tal manera que para que la Corte IDH pueda determinar la responsabilidad de un Estado parte, se le debió permitir tener la oportunidad de conocer el caso, reparar por sus propios medios los daños ocasionados y sólo cuando estas no se estimen idóneas o suficientes, podrá la Corte IDH determinar una responsabilidad y emitir lineamientos de cómo reparar el o los derechos que se estimen violados:

96. Conforme a lo anterior, y de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, para que no se declare la responsabilidad estatal, es insuficiente que el Estado reconozca un hecho ilícito internacional, sino que, adicionalmente, debe evaluarse si lo hizo cesar y si reparó las consecuencias de la medida o situación que lo configuró.

Por lo tanto, que un Estado no sea declarado responsable, no basta que acepte la violación correspondiente, sino que debe demostrar que hizo cesar la violación y reparó las consecuencias.

III.3.2.3.19. Opinión consultiva OC-24/17

En la opinión consultiva OC-24/17, pronunciada el 24 de noviembre de 2017, a propósito de la consulta realizada por la República de Costa Rica, respecto a la identidad de género e igualdad y no discriminación a personas del mismo sexo, la Corte IDH manifestó que no puede tomar como parámetro de convencionalidad las convicciones religiosas o filosóficas existentes en un Estado, a pesar de que

²⁷⁴ Corte IDH, Caso *Andrade Salmón vs Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 1 de diciembre de 2016, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf.

jueguen un papel muy importante en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan:

223. Aunado a lo anterior, la evolución del matrimonio da cuenta de que su actual configuración responde a la existencia de complejas interacciones entre aspectos de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico y lingüístico. En ese sentido, la Corte observa que en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos. En tal sentido, el Tribunal es de la opinión que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro.²⁷⁵

En este sentido, tanto los Estados como la Corte IDH deben proteger los derechos fundamentales, mediante un equilibrio entre lo secular y lo religioso y en ningún caso forzar uno en la esfera del otro.

Se considera un complejo dilema alcanzar dicho equilibrio, pero así lo tendrá que ponderar cada Estado. Lo relevante es dejar claro que las convicciones religiosas o incluso “morales” existentes en un Estado, no pueden ser el parámetro de protección o el estándar de interpretación a la hora de analizar un caso concreto, lo cual representa un cambio relevante en la concepción de los derechos fundamentales, en general.

²⁷⁵ Corte IDH, *Opinión consultiva OC-24/17*, resolución emitida el 24 de noviembre de 2017, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

III.3.2.3.20. Caso San Miguel Sosa y otra vs. Venezuela

La sentencia en el caso *San Miguel Sosa y otra vs Venezuela*, Fondo, reparaciones y costas de fecha 8 de febrero de 2018, en el párrafo 191, se señaló:

191. Si bien las actuaciones de las autoridades estatales están cubiertas por una presunción de comportamiento conforme a derecho, en casos en que se alega una actuación arbitraria o una desviación de poder, la autoridad llamada a controlar tal actuación debe verificar, por todos los medios a su alcance, si existe una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal que justificarían formalmente su actuación (supra párrs. 121 y 122). Lo anterior es, sin duda, parte de la obligación de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas o los actos estatales y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.²⁷⁶

El criterio que se obtiene de esta sentencia, para efectos de la convencionalidad, consiste en establecer que si bien, las actuaciones de las autoridades tienen la presunción de ser conforme a derecho, cuando en los casos se alegue “actuación arbitraria” o “desviaciones de poder”, los jueces a cargo deben verificar, por todos los medios a su alcance si existe una motivación o un propósito distinto al que la norma faculta.

Este precedente se estima muy relevante, pues el análisis de la convencionalidad no sólo deberá atender al contenido de la norma que se estime violatoria de derechos humanos, sino incluso, a la motivación que hagan valer las autoridades.

²⁷⁶ Corte IDH, Caso *San Miguel Sosa y otra vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 8 de febrero de 2018, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf.

Para explicar el criterio, citan lo previsto en el párrafo 173 del caso *Quinta Coello y otros vs Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 23 de agosto de 2003, que determinó que el motivo o propósito de un determinado acto de las autoridades estatales cobra relevancia para el análisis jurídico de un caso, ya que de acreditar una motivación o un propósito distinto al de la norma ,que otorga las potestades a la autoridad estatal para actuar, puede llegar a demostrar si la acción puede ser considerada como actuación arbitraria o desvío de poder.

Para explicar el supuesto citan algunos casos del Tribunal Europeo en los que se tuvo en cuenta el propósito o motivación real que las autoridades estatales mostraron a la hora de ejercer sus funciones, para determinar si existió o no una violación al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el Caso *Gusinskiy Vs. Rusia*, el Tribunal Europeo consideró que la restricción de la detención de la víctima, autorizada por el artículo 5.1 (c) del Convenio Europeo, se aplicó no solo con la finalidad de hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, por estimar que había indicios razonables de la comisión de un delito, sino también con el propósito de obligarlo a vender su compañía al Estado.

En el Caso *Cebotari Vs. Moldavia* declaró que se violó el artículo 18 del Convenio Europeo en virtud de que el Gobierno no logró convencer al Tribunal que había una sospecha razonable para considerar que el solicitante había cometido un delito, concluyendo el referido Tribunal que el verdadero objetivo del proceso penal y la detención del solicitante era para presionarlo y con ello impedir que su compañía “Oferta Plus” demandara ante la Corte.

Finalmente, el Tribunal Europeo en el Caso *Lutsenko Vs. Ucrania* determinó que la privación de la libertad del solicitante, autorizada por el artículo 5.1 (c), se aplicó no solo con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, por existir indicios razonables de que cometió un delito, sino también por otras razones, relacionadas con el intento de la Fiscalía de acusar al solicitante por expresar públicamente su oposición a las acusaciones en su contra.

Este precedente nos parece interesante sobre todo atendiendo a que a finales de dos mil veintiuno e inicios de dos mil veintidós, se han dado a conocer en medios mexicanos casos en dónde se ha hecho valer las posibles “desviaciones de poder”, a propósito de causas penales contra ciertas personas que si bien existen datos de prueba de que cometieron delitos, al parecer han sido presionados por despachos de abogados ligados a ciertas autoridades²⁷⁷, con el objeto de vender acciones de sus empresas, o bien, se les ha permitido utilizar figuras como la de “criterio de oportunidad”, para obtener beneficios (como el proceso en libertad con identidad protegida) a cambio de declarar en contra de otras personas para que sean sometidas a procesos penales²⁷⁸.

Todos estos asuntos están *sub iudice* a la fecha de esta investigación. Lo relevante será ver cómo lo hacen valer las defensas de los involucrados y cómo lo valoran los jueces mexicanos, considerando la jurisprudencia interamericana.

III.3.2.3.21. Caso Colindres Schonenberg vs El Salvador

El caso *Colindres Schonenberg vs El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 4 de febrero de 2019, resulta trascendente porque precisa de forma expresa, que el control de convencionalidad, se realiza respecto de actos y omisiones y las normas internas y la CADH, en el párrafo 129:

129. Esta Corte ha señalado que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad” entre los actos u omisiones y las normas internas y la Convención Americana, de forma tal que la interpretación y aplicación del

²⁷⁷ EFE, *Abogado Juan Collado denuncia extorsión de Estado*, Periódico Crónica, 27 de febrero de 2022, consultable en: <https://www.cronica.com.mx/nacional/abogado-juan-collado-denuncia-extorsion.html> y Redacción/GH, *Traicionó a AMLO: Denuncian a Julio Scherer, ex consejero jurídico de Presidencia, ante la FGR*, Periódico El Imparcial, 31 de marzo de 2022, consultable en: <https://www.elimparcial.com/mexico/Traiciono-a-AMLO-Denuncian-a-Julio-Scherer-ex-consejero-juridico-de-Presidencia-ante-la-FGR-20220331-0119.html>.

²⁷⁸ Redacción, “AMLO exige a Lozoya reparación del daño y pruebas de sobornos para acceder a criterio de oportunidad”, *Periódico El Financiero*, 13 de abril de 2022, consultable en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2022/04/13/amlo-exige-a-lozoya-reparacion-del-dano-y-pruebas-de-sobornos-para-acceder-a-criterio-de-oportunidad/>.

derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. Este control de convencionalidad debe realizarse en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, teniendo en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²⁷⁹

Llama la atención que en dicha sentencia la Corte IDH afirma que, desde el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* que data de 2006, se ha manifestado la obligación que tienen todas las autoridades de ejercer control de convencionalidad entre los actos y omisiones y las normas y la Convención, citando para tales fines el párrafo 124, que transcribimos en su momento, pero esto no fue así. Como hemos visto a lo largo de estos apartados, la sentencia de la Corte IDH que amplió la obligación de control de convencionalidad a todas las autoridades fue la del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, que se emitió hasta 2010.

Sin embargo, se advirtió al revisar con detalle dicho caso, que en el voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, en el párrafo 25, haciendo referencia a otro voto razonado que emitió en el caso *Caballero Delgado y Santana vs Colombia* (Sentencia sobre reparaciones del 29 de noviembre de 1997), refirió que la responsabilidad internacional del Estado proviene por “actos u omisiones, sea del Poder Ejecutivo, sea del Legislativo, sea del Judicial, lo cual no quiere decir que desde entonces hubiera creado la teoría del control de convencionalidad, tal como la entendemos hoy, expresando que debe hacerse por todas las autoridades. Simplemente se limitó a señalar que las obligaciones internacionales de protección, en su amplio alcance, vinculan conjuntamente todos los poderes del Estado”.²⁸⁰

²⁷⁹ Corte IDH, Caso *Colindres Schonenberg vs El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 4 de febrero de 2019, consultable en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_373_esp.pdf.

²⁸⁰ Voto razonado formulado por el juez A.A. Cançado Trindade, a propósito de la sentencia emitida en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de fecha 26 de septiembre de 2006, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

III.3.2.3.22. Caso de los Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, Caso Molina Theissen y otros 12 casos contra Guatemala.

El caso de los *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, caso Molina Theissen y otros 12 casos*, contra Guatemala, Medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia, de fecha 12 de marzo de 2019, resulta relevante porque al dar seguimiento del cumplimiento a doce sentencias, a petición de las víctimas de tales casos, se percataron que el Estado Guatemalteco pretendía aprobar la iniciativa de ley 5377, que buscaba reformar la Ley de Reconciliación Nacional de 1996 y aprobar una amnistía, ya que los congresistas promoventes, representaban a miembros de la comunidad Rabini, algunos de los cuales estaban siendo procesados para dar cumplimiento a las sentencias dictadas por la Corte IDH.

Sin embargo, en la supervisión de cumplimiento, se detectó que no sólo existía una iniciativa de Ley contraria a lo dictado por la Corte IDH, sino que además, los jueces que estaban llevando los procesos penales, contra los responsables de delitos sexuales cometidos en perjuicio de las víctimas, también estaban siendo intimidados y por ello dictó medidas provisionales urgentes, sobre todo en el sentido de que se suspendiera la aprobación de tal iniciativa de Ley, se archivara y que se cumpliera con la cosa juzgada interamericana.

Los párrafos que se estiman más relevantes son:

45. No obstante, resulta preocupante la intimidación y presión que podrían enfrentar los operadores de justicia que, desde sus respectivas competencias, pretendan efectuar un control de convencionalidad de llegar a aprobarse la referida iniciativa de ley. En la audiencia pública de supervisión efectuada el 11 de marzo de 2019 en el caso Molina Theissen, la Comisión destacó el contexto de ataques y amenazas en contra de operadores de justicia en Guatemala cuando intentan avanzar en la lucha contra la impunidad, como instrumentos de control e intimidación en el ejercicio de sus

labores, “especialmente de quienes participan en casos de alto impacto, incluyendo los relativos a graves violaciones de derechos humanos”. La Comisión se refirió a sus informes sobre Guatemala de los años 2016 y 2017, indicando que dan cuenta de los ataques a la independencia del Poder Judicial en general y a la Corte de Constitucionalidad en particular. Sostuvo que esos ataques se han manifestado en amenazas a la vida e integridad personal, en amenazas de juicios y antejuicios con miras a la destitución y en actos de desacato a dicho alto tribunal por parte de otros poderes del Estado.

52. De este modo, la Corte concluye que se configura una situación grave, urgente e irreparable ya que de convertirse en ley el proyecto antes mencionado habría un incumplimiento grave por parte de Guatemala respecto del caso de los miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal y otros 13 casos que se encuentran en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia (supra Considerandos 35, 36 y 50), al hacer ilusorio el acceso a la justicia de las víctimas ya que se estaría creando un mecanismo de impunidad estructural respecto de graves violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y genocidio, cuestión que además contraviene abiertamente la jurisprudencia reiterada de esta Corte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.

54. De conformidad con todas las anteriores consideraciones y de acuerdo a las facultades que le otorga el artículo 63.2 de la Convención Americana, para garantizar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de los 14 casos indicados en el Considerando 50, la Corte requiere al Estado que interrumpa el trámite legislativo de la iniciativa de ley 5377 que pretende reformar la Ley de Reconciliación Nacional de 1996 concediendo una

amnistía para todas las graves violaciones cometidas durante el conflicto armado interno, y la archive²⁸¹.

Lo relevante de este caso, para la doctrina del control de convencionalidad, es determinar que cualquier acción contraria a las sentencias de la Corte IDH, que sea posterior a su emisión, implica una violación a la cosa juzgada y, por consecuencia, una responsabilidad para el Estado parte.

III.4. Reglas aplicables al control de convencionalidad.

El control de convencionalidad *ex officio* ha ido mutando tanto en concepción doctrinal, como en alcances y se encuentra en constante evolución. Se estima que, por su reciente vida en la doctrina jurídica, su conformación aún está en construcción y tiene como característica el dinamismo, la dialéctica constante, propia de su fuente, ya que mientras su alcance se alimenta de precedentes judiciales, no tiene un contenido fijo.

Lo que sí es un hecho es que su naturaleza jurídica ha ido también evolucionando de forma importante, pasando por las fases siguientes:

- 1) Como una mera herramienta para la verificación de compatibilidad entre normas nacionales e internacionales,
- 2) Como medio indispensable para incorporar el derecho interamericano en el derecho interno de los Estados parte,
- 3) Como punto de partida para la creación del Derecho Constitucional Interamericano,
- 4) Como valor de la democracia y la prevalencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos,
- 5) Como principio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y

²⁸¹ Corte IDH, *Caso de los Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, caso Molina Theissen y otros 12 casos contra Guatemala*, Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, resolución del 12 de marzo de 2019, consultable en: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/aldeachichupac_12_03_19.pdf.

6) Como método para garantizar los Derechos Humanos. Como se analizará en los capítulos siguientes, a partir de las premisas que se han construido por los precedentes de la Corte IDH, podemos afirmar que el control de convencionalidad *ex officio* de los derechos humanos, supone una serie de reglas que considerar y también un conjunto de pasos a seguir por toda autoridad de un Estado, para garantizar una debida protección a los derechos.

Por lo pronto y hasta el desarrollo jurisprudencial que hemos citado líneas atrás, a partir de los veintidós casos que se seleccionaron para mostrar la evolución que ha tenido la jurisprudencia interamericana sobre este tema, podemos decir que las reglas aplicables al control de convencionalidad son:

- 1) La jurisprudencia del control de convencionalidad *ex officio* tiene efectos *erga omnes*.
- 2) Toda interpretación hecha por la Corte IDH forma parte de su jurisprudencia, ya sea que lo haga en ejercicio de sus facultades contenciosas, consultivas o de supervisión y junto con la CADH y los demás protocolos e instrumentos que se firmen por los estados miembros de la OEA, conforman el *corpus iuris interamericano*.
- 3) El control se ejerce de oficio, es decir, "*motu proprio*" por la autoridad, sin necesidad de requerimiento o a instancia de parte procesal.
- 4) El control de convencionalidad tiene por objeto verificar la conformidad entre la norma nacional y la internacional, contrastando las disposiciones domésticas de los Estados con el *corpus iuris interamericano*.
- 5) Todas las autoridades de un Estado, sean judiciales, administrativas o legislativas, están obligadas a realizar control de convencionalidad *ex officio* en los asuntos que sean de su competencia.

- 6) El parámetro de convencionalidad es obligación de todas las autoridades electas democráticamente, por lo que las decisiones de las mayorías deben respetar: i) La tutela de los derechos fundamentales a la vida y a la libertad las personas, que no pueden sacrificarse en aras de ninguna mayoría, ni interés general, ni bien común o público, y ii) La sujeción de los poderes públicos a la ley.
- 7) Es derecho de cada Estado parte el determinar el modelo a seguir para realizar el control de convencionalidad, de tal manera que puede ser concentrado o difuso.
- 8) El control debe realizarse conforme a las competencias de cada autoridad y en respeto a los requisitos sobre su procedencia y reglas procesales, conforme al derecho interno de cada Estado.
- 9) La jurisdicción de la Corte IDH es complementaria, dinámica y subsidiaria, no es una cuarta instancia, porque eso implicaría sustituir al juez nacional en sus funciones de valoración de los hechos, de las pruebas y resolver sobre confirmar, modificar o el acto emitido. La Corte IDH tiene otra finalidad que es verificar su conformidad con el *corpus iuris interamericano* y complementar las disposiciones de cada Estado parte para que cumplan con el estándar de protección a los derechos humanos.
- 10) El efecto vinculante de la interpretación de las resoluciones de la Corte IDH se realiza en dos ámbitos:
 - i) *ius judicata*, caso en que el Estado que resultó responsable, no puede hacer interpretaciones a las sentencias de la Corte IDH, ni siquiera invocando su derecho constitucional que le faculte a hacer control de convencionalidad, porque estaría violando la cosa juzgada y caería nuevamente en responsabilidad, así que debe ceñirse a aplicar las

determinaciones de la sentencia y en su caso, dejar de aplicar e incluso, expulsar del sistema jurídico, la norma que se tachó como inconvencional, pues de mantener vigente dicha norma, sigue siendo responsable; y

ii) *ius interpretata*, en el que los Estados que no fueron parte, pueden hacer interpretaciones más favorables a las previstas por la Corte IDH, lo cual constituirá una ampliación en el espacio de los derechos y libertades con sentido *pro personae*. En este sentido, el derecho internacional será el “piso” de los derechos y no el “techo”.

- 11) Aunque las autoridades internas hayan hecho control de convencionalidad, la Corte IDH mantiene la facultad de revisar que en efecto, las decisiones adoptadas sean convencionales.
- 12) Las opiniones consultivas de la Corte IDH son formas de hacer control de convencionalidad preventivo.
- 13) Son susceptibles de control los actos, omisiones, las normas del derecho interno y la interpretación constitucional y legislativa que se haga de dichas normas e, incluso, los razonamientos y motivaciones utilizadas en cada caso concreto.
- 14) En principio, si una norma que se estima inconvencional no se ha aplicado ni interpretado, no procede hacer control de convencionalidad. Sin embargo, una vez que la Corte IDH se pronuncia y por cosa juzgada considera a una norma inconvencional, ésta debe inaplicarse o abrogarse, para evitar el riesgo de que pueda volver a ser aplicada, de lo contrario el Estado seguirá siendo responsable. Además, si mediante un acto posterior a la sentencia, incurre en alguna modificación legislativa o constitucional que viola derechos humanos, se considerará que violó la cosa juzgada y se le considerará responsable.

- 15) Para estimar convencional una restricción a derechos humanos, la restricción debe ser necesaria, entendiendo por necesario, que no indispensable, el satisfacer un “interés público imperativo” y para ello, no basta que la ley cumpla un propósito útil u oportuno, sino que debe ser proporcional al interés público que lo justifica, ajustarse al logro del objetivo social deseado, pero sobre todo, no puede limitar más allá de lo estrictamente necesario y debe ser temporal.
- 16) Cuando se realice control de convencionalidad porque se argumente que hubo arbitrariedades o desvíos del poder, los jueces deben allegarse de todos los medios a su alcance para verificar si la motivación o propósito hecho valer por la autoridad, es conforme a las facultades que le otorgó la norma, evitar que se utilicen las normas para propósitos diferentes, que provoquen una violación a sus derechos humanos.
- 17) Las personas físicas que se hacen representar por personas jurídicas, tales como comunidades indígenas, sindicatos, federaciones y confederaciones de sindicatos, periodistas, comunicadores, integrantes de partidos políticos, entre otros, ya reconocidos por el *corpus iuris interamericano*, pueden acudir ante la Corte IDH a solicitar protección del sistema interamericano, pero se analizará en cada caso, si procede la protección o no.
- 18) No se permite al Poder Legislativo emitir disposiciones que violen la cosa juzgada por la Corte IDH, pues el Poder Legislativo como todas las demás autoridades, están obligadas a realizar control de convencionalidad *ex officio*, en apego al *corpus iuris interamericano* y hacer las adecuaciones legislativas que ajusten su marco interno al estándar interamericano, en un plazo razonable, para evitar que se mantenga una disposición que se estime violatoria de derechos humanos.

- 19) Los Estados, no solo deben ajustar su legislación interna, sino también deben propiciar que toda práctica del Estado observe de forma efectiva los derechos humanos.
- 20) Para tales fines, deben capacitar a policías, fiscales, militares, jueces, así como a funcionarios encargados de la atención de víctimas sobre el sistema interamericano de los derechos humanos.
- 21) Toda decisión de autoridad debe ser justificada, se debe preparar a las autoridades para que sepan argumentar las decisiones que tomen y ajustarse al resto de los parámetros fijados por la jurisprudencia interamericana.
- 22) Aun cuando la autoridad interna haya hecho control de convencionalidad de forma correcta, de mantener la disposición que se estima inconvencional dentro de su marco jurídico, se considera que sigue siendo responsable, al igual que no basta que un estado haya aceptado la violación cometida, para que se le exima de responsabilidad, debe demostrar que hizo cesar la violación y que reparó las consecuencias.
- 23) Las convicciones religiosas, incluso morales existentes en un Estado no pueden ser el parámetro o estándar de interpretación que utilice un Estado, en contra de los criterios fijados por la jurisprudencia interamericana.

CAPÍTULO IV. PARÁMETROS APLICABLES AL CONTROL *EX OFFICIO* EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA Y EL JUICIO DE AMPARO.

IV.1. Antecedentes.

Si bien la literatura desarrollada en torno al control difuso de convencionalidad *ex officio* en México, señala que el cambio de paradigma por el cual se incorporaron a los tratados internacionales, como parte del derecho positivo mexicano, fue el Expediente Varios 912/2010, cuya resolución se emitió hasta el 14 de julio de 2011, lo cierto es que algunos autores como Eduardo Ferrer Mac-Gregor²⁸² reconocen que antes de que dicha sentencia fuera dictada, algunos Tribunales ya habían utilizado tal método de control, mediante una aplicación directa las disposiciones de la CADH y de la jurisprudencia de la Corte IDH.

A pesar de que dichos precedentes no conforman parte de la jurisprudencia mexicana, ya que se trató de sentencias de primera instancia o bien, tesis aisladas, estimo que vale la pena citarlos, como reconocimiento al mérito de haber sido pioneras en el tema objeto de estudio.

Según el Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, la primera vez de la que se tiene registro al respecto, fue en el emblemático caso de Jorge Hank Rhon, resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el expediente SUP-JDC-695/2007, del 6 de junio de 2007, en la cual se aplicaron los preceptos de la CADH, así como del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, a partir de lo cual se potencializó el derecho de la parte actora a ser votado, por lo que determinó que la previsión establecida en el artículo 42, párrafo tercero de la Constitución del Estado de Baja California era inconvencional, al no permitir a los presidentes municipales en funciones, ser candidatos para el cargo de gobernador.²⁸³

²⁸² Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 58, pp. 414-419.

²⁸³ *Ibidem*, p. 418.

Posteriormente, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito con residencia en Morelia, Michoacán, al resolver el amparo directo 1060/2008, el 2 de julio de 2009, meses antes de que se emitiera la sentencia al caso *Rosendo Radilla*, citó el caso *Almonacid Arellano vs Chile* de 2006, para determinar que los tribunales locales del Estado Mexicano, no debían limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino que quedaban también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte IDH.

El anterior criterio quedó reflejado en la tesis “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO”.²⁸⁴

Algunos meses después, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, con residencia en la Ciudad de México, al resolver el amparo directo 505/2009, el 21 de enero de 2010, emitió la tesis: “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”.²⁸⁵

Por lo que respecta al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la Sala Regional Toluca, correspondiente a la V circunscripción plurinominal, al resolver el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, bajo el expediente ST-JDC-33/2011, del 24 de marzo de 2011, se hizo referencia expresa al deber de todos los jueces de realizar el control de convencionalidad y considerar que en términos del artículo 62.1 de la CADH, la

²⁸⁴ Tesis XI.1º.A.T.47 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC. t. XXXI, mayo de 2010, p. 1932.

²⁸⁵ Tesis 1.4ª.A.91 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC. t. XXXI, marzo de 2010, p. 2927.

jurisprudencia de la Corte IDH es de observancia obligatoria, con base en lo resuelto en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*.

Al respecto, en la sentencia se precisó que el deber de observancia de todos los jueces era independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.

Finalmente, la misma Sala Regional Toluca, al resolver el expediente ST-JDC-53/2011 del 16 de junio de 2011, retomó el mismo criterio al vincularlo con la reforma al artículo primero Constitucional, que había sido publicada seis días después.

IV.2. Tesis aisladas y jurisprudencias seleccionadas emitidas por las Salas y por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La emisión de tesis aisladas y jurisprudencias en torno al control de convencionalidad *ex officio*, proliferó de manera basta entre los Tribunales Colegiados de Circuito y las propias Salas de la SCJN, incluso antes de que formalmente se recibiera la sentencia al caso *Rosendo Radilla vs México*, como se mostró en el apartado de antecedentes de este capítulo.

Sin embargo, para efectos de esta investigación, nos centraremos en los criterios más relevantes emitidos por las Salas y por el Pleno de la SCJN, omitiendo la referencia a las tesis aisladas y las jurisprudencias de los Tribunales Colegiados, en primer lugar, por una razón de síntesis, pero además, porque conforme a la legislación en materia de producción jurisprudencial, es el Pleno de la SCJN quien tiene la facultad de decidir los criterios opuestos entre dichos Tribunales, fijando la jurisprudencia por contradicción. De alguna manera, al analizar los precedentes derivados de las contradicciones de tesis, se podrán inferir los criterios que en su momento sostuvieron los diversos circuitos sobre el tema.

De igual manera se precisa que el método seleccionado para presentar dicha síntesis jurisprudencial es el cronológico, bajo una consideración dialéctica (propia

de la noción de “evolución”) que permita ir mostrando como la propia SCJN fue ajustando sus criterios, sobre dicha figura jurídica.

Finalmente haremos una exposición breve de cada caso, con el objetivo de abstraer el contenido relevante que fue fijando criterio en cada caso.

IV.2.1. Expediente Varios 912/2010.

Esta resolución emitida el 14 de julio de 2011 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de octubre de 2011, fue el primer paso para el cumplimiento de la sentencia emitida en el caso *Radilla Pacheco vs México* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), emitida el 23 de noviembre de 2009, lo cual hizo la SCJN mediante el Expediente Varios 912/2010, en cuyo párrafo 20 del engrose respectivo, se sostuvo que “los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.”²⁸⁶

Tanto la sentencia de la Corte IDH como el Expediente Varios 912/2010, constituyeron la antesala para la reforma constitucional al artículo 1º realizada el 6 de junio de 2011, que prevé la preeminencia de la Constitución y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, como la obligación a cargo de “todas las autoridades” para respetar dichas disposiciones, además de determinar que en su interpretación siempre se aplicará el principio *pro persona*.

Si bien el Expediente Varios *per se*, no constituye una norma de observancia obligatoria para los órganos jurisdiccionales, por no estar previsto en la Ley de Amparo como fuente de jurisprudencia, fijó las bases de cómo se debía introducir la jurisprudencia de la Corte IDH establecidos en el caso *Radilla* a nuestro derecho interno, expresando en el párrafo 51:

“en relación con el párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y dados los alcances de esta

²⁸⁶ García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad”, *Cuestiones Constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Número 29, Julio-Diciembre 2013, p. 214.

resolución dictada por este Tribunal Pleno, todos los jueces del Estado mexicano, de conformidad con el artículo 1º constitucional, están facultados para inaplicar las normas generales que, a su juicio, consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución Federal y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.”²⁸⁷

En este sentido, hace mención de que para concretar lo anterior, resulta ineludible que un ministro del Tribunal del Pleno solicite la modificación de la jurisprudencia P./J.74/1999 en la que se interpretó el artículo 133 de la Constitución Federal en el sentido de que el control difuso de la constitucionalidad de normas generales no está autorizado para todos los jueces del Estado Mexicano.

Aunado a lo anterior, se refiere que, debido a una interpretación jurisprudencial, el control de constitucionalidad se ha realizado de forma exclusiva por el Poder Judicial Federal a través de los mecanismos de controversias y acciones de inconstitucionalidad, así como el amparo; además de que, el sistema de control difuso de constitucionalidad de las leyes no depende de una disposición constitucional clara, sino que, ha resultado de distintas construcciones jurisprudenciales.

A raíz de lo anterior, se emitieron siete tesis aisladas, bajo los rubros siguientes:

1. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.²⁸⁸
2. CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN

²⁸⁷ *Ídem.*

²⁸⁸ Tesis P. XXVII/2011 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro III, Tomo I. Diciembre de 2011, p. 535.

MÁS FAVORABLES A LA PERSONA HUMANA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.²⁸⁹

3. PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.²⁹⁰
4. PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.²⁹¹
5. RESTRICCIÓN INTERPRETATIVA DE FUERO MILITAR, INCOMPATIBILIDAD DE LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL, A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 2º Y 8.1 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.²⁹²
6. SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO.²⁹³
7. SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.²⁹⁴

Del contenido de las mismas (salvo la relativa al fuero militar), se desprenden los criterios siguientes:

1. Existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control constitucional mexicano:

²⁸⁹ Tesis P. LXVI/2011 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro III, Tomo I, Diciembre de 2011, p. 550.

²⁹⁰ Tesis P.LXVIII/2011 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro III, Tomo I, Diciembre de 2011. p. 551.

²⁹¹ Tesis P. LXIX/2011 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro III, Tomo I, Diciembre de 2011. p. 550.

²⁹² Tesis P.LXXI/2011 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro III, Tomo I, Diciembre de 2011. p.554.

²⁹³ Tesis P.LXV/2011 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro III, Tomo I, Diciembre de 2011, p.556.

²⁹⁴ Tesis P.LXX/2011 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro III, Tomo I, Diciembre de 2011, p. 556.

- a) Control concentrado: que realizan los órganos del Poder Judicial Federal a través de las vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto.
- b) Control difuso: realizado por el resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general, no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado por una parte y difuso por otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la SCJN para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente deberá prevalecer.

- 2. El control de convencionalidad es un modelo de control difuso de la constitucionalidad, tomando en cuenta los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, adoptando siempre la interpretación más favorable, denominada *pro persona*, con base en lo previsto en el artículo 133, de tal forma que los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados, aún a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior, caso en el cual las debían dejar de aplicar.
- 3. Todas las demás autoridades (no judiciales) del país, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de aplicar las normas correspondiente haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.
- 4. Los criterios emitidos por la Corte IDH, en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio, son orientadores, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1º Constitucional, por lo que los jueces debían acudir a revisar dichos criterios, para evaluar si existía alguno que resultara más favorable.

5. El parámetro de control de convencionalidad *ex officio* lo constituye:
 - a) Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;
 - b) Todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte;
 - c) Los criterios vinculantes de la Corte IDH derivados de las sentencias en los que México haya sido parte; y
 - d) Los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la Corte IDH.
6. Los pasos a seguir para realizar el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos son:
 - a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo la protección más amplia.
 - b) Interpretación conforme en sentido estricto, que implica que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano es parte, y
 - c) Inaplicar la ley cuando las alternativas anteriores no sea posibles.

Esta determinación no afecta o rompe los principios de división de poderes y ni de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución.
7. Las sentencias que dicta la Corte IDH, junto con sus consideraciones constituyen cosa juzgadas. Por ello, la SCJN aún como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia

internacional es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por lo tanto, la SCJN no puede hacer ningún tipo de pronunciamiento que cuestione la validez de los resuelto por la Corte IDH y lo único que procede es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Son vinculantes para el Poder Judicial, no sólo los puntos resolutivos concretos, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella.

En el Expediente Varios 912/2010 se determinó que en tratándose de derechos humanos, la jerarquía normativa no podía servir como parámetro para verificar la validez de las normas en materia de derechos humanos, sino el contenido y alcances de los derechos, de tal manera que todo derecho humano, ya fuera que estuviese contemplado en la Constitución o en algún tratado, formaba parte del parámetro de constitucionalidad.

Resultado de las tesis que generaron por el Expediente Varios 912/2010, el 25 de octubre de 2011, se requirió la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011 del 25 de noviembre de 2011, por el cual se determinó: “ÚNICO: Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J.73/99 y P./J.74/99 cuyos rubros son los siguientes: *“CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN, ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”* y *“CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”*, conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011”.

No se omite señalar que, en el fallo de mérito, la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos se apartó de las consideraciones relativas al ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de los actos de autoridad, en virtud de que, el artículo 133 constitucional no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, pues es, una

facultad que se encuentra reservada a los órganos del Poder Judicial de la Federación y el artículo 1º constitucional acota “en el ámbito de sus competencias”, por ello, es que, es un facultad exclusiva del Poder Judicial Federal y en consecuencia, un juez ordinario no cuenta con facultades para negarse a cumplir una sentencia con el pretexto de que es ilegal o inconstitucional.

Asimismo, el ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano tiene una postura en la que sostiene que no existe cauce procesal para cumplir las sentencias dictadas por los tribunales internacionales y respecto al control de convencionalidad señala que los jueces nacionales deben tomar en cuenta no sólo el texto de la CADH, sino la interpretación que el propio tribunal hace a través de su jurisprudencia. Por lo que al instruir la obligación de ejercer un control de convencionalidad conforme a la interpretación que la propia Corte IDH ha hecho, implícitamente se estatuye el compromiso de asumir su jurisprudencia, aun cuando el Estado no haya sido parte en el caso; por lo que considera que la obligación resulta violatoria del artículo 68 de la CADH, *contrario sensu*, en el que se establece que los Estados se comprometen a cumplir la decisión de la Corte IDH en todos los casos en que sean partes.

Por su parte, el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea hace el señalamiento en su voto concurrente, respecto a que en la precisión hecha por la Corte IDH sobre el “control de convencionalidad” se advierte la obligación de ejercer ese control para todos “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”, con lo cual pretende incluirse a todos los jueces y órganos que realicen funciones meramente jurisdiccionales.

Respecto al voto particular del ministro Luis María Aguilar Morales destaca no estar de acuerdo en cuanto a que no se puede analizar si una sentencia dictada por la Corte IDH es correcta o incorrecta o se excede con relación a las normas que rigen su proceso, toda vez que, se debe acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos y que incluso es vinculante los criterios contenidos.

El ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo sostiene que es evidente lo inexacto de considerar que en la competencia de la Corte IDH se obliga al Poder Judicial de la Federación a ordenar a todos los jueces del Estado mexicano el realizar un control de convencionalidad *ex officio*; pues sí tal vez hubiese sido la determinación, únicamente se recogerían las consideraciones de la sentencia y no se hubiera obligado a realizar el estudio constitucional que llevó a cabo, no comparte, el sentido para determinar la obligatoriedad de todos los juzgadores y las autoridades de llevar a cabo un control de constitucionalidad y convencionalidad.

El mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, tiene que ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, no puede entenderse un control como el que se indica en la sentencia, si no parte de un control de constitucionalidad.

Finalmente, el ministro Sergio A. Valls Hernández expone que considera que los criterios emitidos por la Corte IDH debe ser vinculantes a todos los casos, no sólo obligatorios para los Estados que participaron en el proceso internacional. En la medida en que los jueces asuman su papel de garantes de los derechos humanos, deberán privilegiar aquella interpretación que resulte más favorable a la persona para lo cual será necesario que conozcan y apliquen, en su caso los criterios derivados de las sentencias emitidas por la Corte IDH; ya que, la observancia de tales criterios resulta fundamental para un eficaz cumplimiento del control de convencionalidad *ex officio* que deben llevar a cabo los jueces.

Se puede establecer que el Expediente Varios 912/2010 tuvo como impacto más importante la obligación de aplicar un control de convencionalidad difuso, y se tomó como punto de partida la reforma constitucional en materia de derechos humanos que instituye que todas las autoridades en el ámbito de su competencia deben velar por la protección de los derechos humanos.

Las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la

persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de estas.

En virtud de lo anterior, debe destacarse que el reconocimiento del control difuso de convencionalidad cambio la percepción al artículo 133 constitucional que había sido el eje para que el Poder Judicial de la Federación tuviera el monopolio de la protección de los derechos humanos.

Si bien se tiene la posibilidad de invalidar normas violatorias de derechos humanos en el ámbito federal, el control de convencionalidad muestra otras opciones para la protección de los derechos humanos, esta es una sentencia que dio operatividad a la reforma de derechos humanos, al establecer un mecanismo, para que los operadores judiciales puedan hacer valer *ex officio* los derechos humanos y que ayudó a la justificación del inicio de la Décima Época en la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación.

El papel de los jueces no implica únicamente la aplicación de la ley, sino el deber de velar por el respeto a los derechos de todas las personas. El sistema de control de constitucionalidad da la pauta a los jueces ordinarios de inaplicar aquellas leyes que estimen contrarias a la Constitución en casos concretos, pero en virtud del principio *pro persona* esto debe hacerse conforme a las atribuciones que originalmente fueron dadas como impartidores de justicia y si bien existe la discrecionalidad de las autoridades y el principio de legalidad; no se debe entender que el citado principio no implica que se desaparten de las normas, sino un actuar fundado y motivado, siempre dentro del ámbito de sus atribuciones respectivas.

IV.2.2. ADR 30/2012.

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES EN EL AMPARO DIRECTO. SON LOS QUE PLANTEAN LA INCONVENCIONALIDAD DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL.²⁹⁵

²⁹⁵ Tesis Aislada 2ª.LXXIV/2012 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 3, p. 2034.

Este criterio aislado emitido por la Segunda Sala al resolver el amparo en revisión ADR 30/2012, el 22 de agosto de 2012, determinó que era imposible que un juicio de amparo directo o cualquier otro juicio, permitiera que la propia Constitución pudiera sujetarse a un control frente a algún tratado internacional del que el Estado Mexicano sea parte, atendiendo que aún con la reforma del artículo 1º Constitucional, se sigue atendiendo a un principio de supremacía constitucional, de tal manera que los tratados, si bien forman del parámetro de constitucionalidad, deben interpretarse conforme a ésta, por lo que es imposible plantear una inconventionalidad de un artículo constitucional, de tal manera que los conceptos de violación planteados en este sentido, deben determinarse inoperantes.

Si bien de forma *a priori* se podría afirmar que dicha tesis aislada puede estimarse regresiva en materia de derechos humanos, respecto de lo planteado en el Expediente Varios 912/2010 y las tesis aisladas que derivaron de éste, puesto que si en aquella ocasión se había estimado que el criterio para determinar la norma a aplicar, como la más favorable, no tenía nada que ver con un modelo de jerarquía normativa, mediante el ADR 30/2012 se modifica dicho criterio y se reinstaura el modelo de jerarquía normativa para determinar que son inoperantes los conceptos de violación que pretendan plantear como violación, la inconventionalidad de disposiciones constitucionales.

Sin embargo, para dar sostén al Estado Mexicano y defender la soberanía nacional, no puede haber norma superior a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mucho menos de fuente internacional, para estimar que alguna disposición de la Constitución podría tildarse de inconventional, ya que la propia constitución es la fuente de las disposiciones internacionales, como las previstas en el *corpus iuris interamericano* dentro del derecho positivo mexicano.

Luego entonces, aquellas disposiciones constitucionales que pudieran resultar apartadas del *corpus iuris interamericano*, constituyen restricciones a los derechos fundamentales que la jurisprudencia interamericana reconoce que pueden existir dentro de la legislación interna de los Estados parte, como se vio en el caso

Fontevicchia y D'Amico vs Argentina, que data de 2011, las cuales analizaremos a detalle en los próximos apartados.

En esencia, el tema a dilucidar consistía en analizar si estaba apegado o no a Derecho, bajo el actual contexto constitucional, que en un juicio de amparo directo se lleve a cabo el control de convencionalidad de un precepto constitucional.

IV.2.3. ADR 2354/2012.

PRINCIPIO PRO PERSONA. NO ES FUNDAMENTO PARA OMITIR EL ESTUDIO DE LOS ASPECTOS TÉCNICOS LEGALES EN EL JUICIO DE AMPARO.²⁹⁶

Esta tesis aislada emitida por la Primera Sala, al resolver el amparo en revisión 2354/2012, el 12 de septiembre de 2012, determinó que si bien los derechos humanos deben interpretarse de la forma que más favorezca a las personas, éste principio no puede servir como fundamento para omitir el estudio de los aspectos técnicos legales que pueden actualizarse en el juicio de amparo, máxime que el principio pro persona sólo procede cuando existen dos normas que regulan o restringen el derecho de manera diversa, de tal manera que se pueda elegir la que más favorezca, sin embargo, dicho alcance no permite que se utilice como fundamento para ignorar el cumplimiento de los requisitos de procedencia en el juicio de amparo.

Al efecto resulta relevante citar los principios rectores del juicio de amparo, así como los requisitos de procedencia del mismo, como parte de estos aspectos técnicos legales a los que se refiere esta tesis aislada, para entender que no se pueden omitir, so pretexto del principio *pro persona*.

Son cinco los principios rectores del juicio de amparo, a saber:

1. Principio de instancia de parte agraviada, previsto en el artículo 107, fracción I de la Constitución, según el cual el juicio de amparo siempre se seguirá a

²⁹⁶ Tesis Aislada 1ª. CCLXXVI/2012 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, p. 530.

instancia de parte agraviada, de tal manera que si la persona que considere que se han vulnerado sus derechos fundamentales no acude a pedir que se le restituya en sus derechos, los órganos jurisdiccionales de revisión constitucional no están facultados para intervenir de manera oficiosa.

2. Principio de prosecución judicial, previsto en los artículos 103 y 107 de la Constitución, con base en los cuales, son los tribunales del Poder Judicial de la Federación, los responsables de conocer de toda controversia que surja por la aplicación de normas generales, actos u omisiones de las autoridades, que provoquen violación a los derechos fundamentales. De esta manera, el juicio de amparo nunca podrá tramitarse ante autoridades administrativas o legislativas, pues se trata de juicio autónomo que se tramita ante los Tribunales Federales quienes deben atender los principios de la teoría general del proceso, procurando el equilibrio y la igualdad entre las partes.
3. Principio de definitividad, previsto en el artículo 107, fracción III, inciso a) y b), así como fracción IV de la Constitución, con base en el cual la parte quejosa debe agotar previamente todos los recursos ordinarios o medios de defensa previstos en la ley que rige el acto reclamado, para modificarlo, revocarlo o nulificarlo. Existen excepciones a dicho principio, también previstos en la Constitución y en la Ley de Amparo, los cuales son:
 - a) Cuando el acto reclamado carece de fundamentación.
 - b) Cuando se aleguen violaciones directas a la Constitución.
 - c) Cuando el recurso o medio de defensa esté previsto en un reglamento, sin que la ley aplicable prevea su existencia.
4. Principio de estricto derecho, con base en el cual el quejoso tiene la carga de la prueba de demostrar la inconstitucionalidad de los actos y omisiones que reclama a través de argumentos lógico-jurídicos que constituyen los conceptos de violación de su demanda.

Sin embargo, dicho principio tiene como excepción aquellos casos en que opera la suplencia de la queja deficiente, prevista en el artículo 107, fracción II, párrafo quinto de la Constitución y el artículo 79 de la Ley de Amparo, a la que ya nos referimos en el capítulo I de esta investigación.

5. Principio de relatividad, previsto en el artículo 107, fracción II, primer párrafo de la Constitución, según el cual las sentencias de amparo únicamente protegen a la parte quejosa respecto de la ley o el acto que se determinó inconstitucional, sin tener efectos *erga omnes*.

Sin embargo, en el amparo en revisión 1359/2015, se reconoció que existen casos en que la sentencia, puede extender sus efectos a terceros, sin proponérselos, dependiente de la materia de estudio del amparo, como sucede cuando se impugnan disposiciones de políticas públicas, como de salud o de protección al ambiente.²⁹⁷

Ahora bien, respecto a los requisitos de procedencia del juicio de amparo, a *contrario sensu*, el artículo 61 de la Ley de Amparo establece las diferentes hipótesis por las cuales es improcedente dicho juicio, de las cuales no profundizaremos, por no ser el objeto de estudio principal de esta investigación.

Lo que sí precisaremos es que dicha tesis aislada se estima acorde con la jurisprudencia interamericana, puesto que la propia Corte IDH ha determinado que las autoridades deben realizar control de convencionalidad, de acuerdo a sus competencias y con base en las reglas procesales que tienen previstas en su derecho interno, de tal manera que si las disposiciones que regulan el juicio de amparo establecen requisitos de forma y de procedencia, así como el respecto a principios rectores, esto es acorde la jurisprudencia interamericana y el principio *pro persona* no puede tener el alcance de que se obvien los presupuestos procesales,

²⁹⁷ Rocha Mercado, Víctor Manuel y Miranda Bernabé, Alberto, *Principios rectores del juicio de amparo*, en González Alcántara Carrancá, Juan Luis *et al.* (coord.), *Teoría y Práctica del Juicio de Amparo*, Poder Judicial de la Ciudad de México, México, 2020, pp. 24-31.

para determinar una violación a un derecho fundamental o bien, para otorgar una protección que no cumpla con dichos presupuestos.

A su vez, la Corte IDH ha entendido que *“si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que éste reconoce.”*

En consecuencia, el principio pro persona define la interpretación de los derechos humanos y otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante el existencia de varias posibilidades de solución, a un problema constriñe a optar por aquella que protege en términos más amplios; por lo que conlleva a acudir a la norma jurídica que consagra el derecho de la manera más extensiva y, por el contrario el precepto legal más restrictivo si se trata de conocer las limitaciones legítimas que se pueden establecer a su ejercicio.

IV.2.4. ADR 173/2012.

DERECHOS HUMANOS, INTERPRETACIÓN CONFORME, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.²⁹⁸

Esta tesis emitida por la Primera Sala al resolver el amparo en revisión 173/2012, el 6 de febrero de 2013 determinó que interpretar conforme a la Constitución, implica que una ley no puede declararse nula cuando pueda interpretarse en consonancia con la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dada su presunción de constitucionalidad y convencionalidad, de tal manera que la interpretación debe hacerse también con

²⁹⁸ Tesis Aislada 1ª CCXIV/2013 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXII, julio de 2013, Tomo I, p. 556.

base en los pronunciamientos de la SCJN y los criterios obligatorios para el Estado Mexicano y orientadores para los demás casos.

Dicha tesis también se estima acorde con la jurisprudencia interamericana, pues ésta misma ha señalado que se debe buscar una interpretación armónica y sistemática de las disposiciones internas, de tal manera que se protejan los derechos humanos, pero tratando de salvaguardar la presunción de convencionalidad y constitucionalidad del ordenamiento jurídico.

Sólo cuando se considere que una disposición es inconveniente, es cuando la autoridad debe realizar lo que esté dentro de su competencia, para garantizar la mayor protección de los derechos fundamentales a las personas y que, como veremos en los precedentes que se incluyen en este capítulo, la jurisprudencia mexicana ha ido limitando los alcances de cada tipo de autoridad, dotándole de facultades distintas a cada una de ellas. Sin embargo, en principio, todas las autoridades deben procurar realizar una interpretación conforme a la Constitución.

Retoma el artículo 1º Constitucional relativo a que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (principio *pro persona*).

El principio *pro persona* no sólo opera como criterio de interpretación para alcanzar la mayor protección de los derechos humanos que se aduzcan violados, sino también lo hace en los casos de restricciones a éstos, buscando la interpretación más acotada cuando se trata de analizar dichas restricciones; mismo que contempla dos facetas una positiva que consiste en alcanzar la mayor protección y una negativa tendente a delimitar la restricción al derecho humano en la mayor medida posible.

IV.2.5. Contradicción de tesis 21/2011.

Esta contradicción de tesis resuelta el 9 de septiembre de 2013 surgió a partir de los criterios sustentados entre la Primera y la Segunda Sala de la SCJN al resolver los amparos directos en revisión 2336/2010 y 1169/2008, centrando la divergencia respecto a si la impugnación de una norma secundaria a la luz de los tratados y convenios internacionales es una cuestión de legalidad o de constitucionalidad.

Mientras la Segunda Sala sostuvo que la impugnación de una norma secundaria, a la luz de los tratados y convenios internacionales, por estar referido al tema de jerarquía normativa, era una cuestión de legalidad y no de constitucionalidad, por lo cual era improcedente el recurso de revisión en amparo; la Primera Sala sostuvo que dicha impugnación de una norma secundaria a la luz de un tratado o convenio internacional ratificado por México, es una cuestión de constitucionalidad, precisamente porque implica revisar la jerarquía normativa y por consecuencia, se debía hacer un ejercicio de revisión del contenido de los tratados internacionales y hacer el test de convencionalidad de la norma impugnada.

Es importante resaltar que ambas resoluciones fueron dictadas previamente a que se realizara la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 y a la expedición de la Ley de Amparo anterior, que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 2 de abril de 2013, en cuyo artículo 81, fracción II, se estableció que el recurso de revisión en amparo directo es procedente en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales que establezcan la interpretación directa de un precepto de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que México es parte.

Aún con ello, el Pleno de la SCJN consideró necesario resolver la contradicción de tesis, emitiendo al efecto la jurisprudencia bajo el rubro: "CUESTIÓN CONSTITUCIONAL. PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO, SE SURTE CUANDO SU MATERIA VERSA SOBRE LA COLISIÓN ENTRE UNA LEY SECUNDARIA Y UN

TRATADO INTERNACIONAL, O LA INTERPRETACIÓN DE UNA NORMA DE FUENTE CONVENCIONAL, Y SE ADVIERTA PRIMA FACIE QUE EXISTE UN DERECHO HUMANO EN JUEGO”.²⁹⁹

En este sentido, se desprende de la jurisprudencia una cuestión constitucional que se actualiza cuando se reclame la tutela del principio de supremacía constitucional, porque se presenta un conflicto interpretativo de la solución normativa otorgada por la Constitución, en el texto normativo, lo cual implica extraer el significado de la norma fundamental mediante un método interpretativo.

Así, de un análisis sistemático de la jurisprudencia, se desprende que el principio de supremacía constitucional se desenvuelve en dos concepciones distintas, cada una dando origen a un tipo de cuestión de constitucionalidad: una relativa a la protección consistente del sistema de fuentes y a su principio de *jerarquía normativa* y otra relacionada con la *protección* de la unidad de principios objetivos del ordenamiento jurídico, mediante el *principio de mayor protección de los derechos humanos*.

Sobre estas bases, cuando se alega una confrontación entre una ley secundaria y una norma de un tratado internacional que no regule un derecho humano, la confronta de estas normas secundarias es, en principio, una cuestión de legalidad que sólo implica una violación indirecta a la Constitución Federal, debido a que, en el fondo, lo que se invoca es una "debida aplicación de la ley" a la luz del principio jerárquico del sistema de fuentes.

Por ello, los tratados internacionales se encuentran por encima de las leyes secundarias y, por ende, la solución de su conflicto normativo o antinomia corresponde a una cuestión de legalidad en el que se determina la forma en que una ley se subordina jerárquicamente a un tratado internacional y, al no concurrir la

²⁹⁹ Tesis P./J. 22/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, 5 de abril de 2014, p. 94.

exigencia interpretativa de un elemento constitucional, el recurso de revisión en amparo directo debe declararse improcedente.

Sin embargo, cuando la confrontación entre un tratado internacional y una ley secundaria implique la interpretación de una disposición normativa que, prima facie, fije las relaciones o posiciones jurídicas, sentido y/o alcance de un derecho humano, debe concluirse que sí existe una cuestión propiamente constitucional, toda vez que, cuando se estima que una ley viola un derecho humano reconocido en una convención subyace un juicio de relevancia jurídica fundado en la idea de coherencia normativa. Lo mismo debe decirse cuando se trate de la interpretación de una disposición convencional que a su vez fije las relaciones o posiciones jurídicas, sentido y/o alcance de un derecho humano.

Consecuentemente, es viable el recurso de revisión en el amparo directo, siempre y cuando se cumplan las condiciones necesarias de procedencia, como es la exigencia de desplegar un método interpretativo del derecho humano, pues no se ciñe a la constatación de las normas entre sí, sino en verificar la coherencia del orden constitucional como una unidad dotada de sentido protector o promocional de los derechos humanos.

Si bien la posible contradicción de una ley y una disposición normativa de un tratado internacional, en principio, no es una cuestión constitucional, desde el punto de vista a la consistencia de su jerarquía normativa; no obstante, se trate de la interpretación del principio de jerarquía normativa encontrándose un derecho humano, lo relevante no es la jerarquía de su fuente normativa, sino la protección coherente de las relaciones jurídicas de la propia Constitución.

Lo relevante de este criterio fue determinar la procedencia del recurso de revisión en amparo directo y sin duda se estima totalmente acorde con la propia Convención y la jurisprudencia interamericana, que prevén que cada Estado parte debe prever los recursos de defensa que les permitan atacar disposiciones legales que violen derechos fundamentales. Resulta importante que se deje claro que, en esos casos, sin duda procede la revisión de la sentencia del juicio de amparo.

IV.2.6. Contradicción de tesis 293/2011.

Esta contradicción de tesis resuelta el 3 de septiembre de 2013 y publicada el 25 de abril de 2014, se fijó a partir de los criterios sustentados por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito al resolver el amparo directo 1060/2008 y los sostenidos por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito al resolver los amparos directos 344/2008 y 623/2008, cuyas posiciones divergentes versaron medularmente sobre:

- 1) La posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución;
- 2) El carácter de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte IDH y,
- 3) El control de convencionalidad.

Respecto a la posición jerárquica de los tratados con respecto a la Constitución en materia de derechos humanos, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sostuvo que los mismos se ubican debajo de la Constitución, mientras que el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito consideró que están al mismo nivel, a lo cual, en la contradicción de tesis se resolvió que las normas de derechos humanos forman parte del parámetro de constitucionalidad, independientemente de su fuente, esbozándolo en los términos siguientes:

“la nueva conformación del catálogo de derechos humanos no puede ser estudiada en términos de jerarquía, pues la reforma constitucional modificó el artículo 1º precisamente para integrar un catálogo de derechos y no para distinguir o jerarquizar esas normas en atención a la fuente de la que provienen... (por lo tanto) se llega a la conclusión de que las normas de derechos humanos, con independencia de su fuente, constituyen un parámetro de regularidad constitucional que sirve para dar coherencia y

unidad al ordenamiento jurídico en casos de antinomias o lagunas normativas.”³⁰⁰

Ahora bien, por cuanto hace a la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito consideró que ésta se trataba sólo de un criterio orientador, mientras que el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito le da un carácter obligatorio. Al respecto se determinó que dicha jurisprudencia sí era vinculante:

“se concluye que los criterios emanados de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos resultan vinculantes para los jueces nacionales con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio.”³⁰¹

Por lo que hace al control de convencionalidad, ambos tribunales sostienen su pertinencia; sin embargo, el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito señaló que éste debe ser ejercido por todas las autoridades jurisdiccionales; mientras que el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sólo analizó si es posible plantear violaciones a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales mediante el juicio de amparo.

En este sentido, esta contradicción de tesis representó un avance respecto del Expediente Varios 912/2010, ya que eliminó la distinción entre criterios vinculantes y orientadores, dependiendo de si el Estado Mexicano ha sido parte o no del asunto resuelto por la Corte IDH, de tal manera que, todos sus criterios, resultaban vinculantes para los jueces mexicanos.

En ese sentido emitió la tesis siguiente: JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE

³⁰⁰ Sentencia de la Contradicción de Tesis 293/2011, de fecha 3 de septiembre de 2013, Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, p. 30, consultada en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/CT%20293-2011.pdf>.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 63.

PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.³⁰²

Por otra parte, a pesar de que no fue materia de la contradicción de tesis, el Pleno de la SCJN determinó resolver que cualquier restricción prevista en la Constitución a los Derechos Humanos, prevalece lo previsto en los tratados internacionales, lo cual quedó reflejado en la jurisprudencia identificada bajo el rubro DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.³⁰³

Si bien, dicho criterio se estima regresivo en materia de derechos humanos, pues representó un retroceso interpretativo, respecto de lo resuelto en el Expediente Varios 912/2010, que nada señaló respecto a las restricciones constitucionales, además de ser excesivo, porque no fue parte de la litis, razón por la cual careció de suficiente motivación (salvo en los votos de los Ministros³⁰⁴), no menos cierto es que tal previsión fue necesaria bajo el contexto social de nuestro país que amerita se hagan prevalecer ciertas restricciones a algunos derechos humanos, sobre todo en aras de proteger el interés general de la población, sobre todo en materia de seguridad pública y combate a la delincuencia

Uno de los puntos frágiles de la sentencia es que omite sentar las bases de las restricciones legítimas, por lo que resulta oportuno exponer que se debe distinguir el ámbito del derecho determinado por sus límites y el alcance de ese

³⁰² Tesis P./J. 21/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, Tomo I. p. 200.

³⁰³ Tesis P./J.20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 202.

³⁰⁴ Para mayor referencia sobre el sentido de los votos, *Cfr.* Castañeda, Mireya, *Comentario a la contradicción de tesis 293/2011 resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México. Parámetro de Control de Regularidad y Jurisprudencia Mexicana en El principio pro persona. Experiencias y expectativas*, CNDH, 2ª. ed., México, Colección CNDH, 2015, pp. 289-298.

derecho determinado por las restricciones a su ejercicio, una cosa es el ámbito del derecho y otra su alcance o extensión, toda vez que, el ámbito contempla las conductas protegidas por el derecho dentro de los límites fijados a nivel constitucional.

Por su parte, el alcance del derecho es una variable dependiente de las restricciones a su ejercicio impuestas mediante una ley o decreto a nivel subconstitucional; sin embargo, toda restricción tiene que cumplir con las condiciones establecidas en la Constitución, en el caso del artículo 29 menciona ciertas condiciones que deberán cumplir las restricciones de alcance general; aquellas que no se aplican a una persona o personas determinadas, sino a un sector importante de la población; puesto que sólo podrá imponerse una restricción con efectos generales en los supuestos de *“invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro”*, misma que deberá tener una duración definida y estar prevista en un decreto emitido por el Presidente de la República con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente, según el caso; observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Ahora bien, toda restricción a un derecho humano tenderá a proteger otro derecho o interés público constitucionalmente reconocido; de ahí que, la medida restrictiva genere un conflicto entre derechos o bienes constitucionales; cuando esto acontece, corresponde a los Tribunales decidir cuál es el derecho que debe prevalecer, realizando una ponderación, en el que se valoren las razones de satisfacer al derecho X (medida que favorezca), frente al grado de no satisfacción o de afectación del derecho Y (medida que es restringido); sólo si el resultado del balance fuera positivo (la importancia de satisfacer al primer derecho fuera igual o mayor al grado de afectación del segundo), se podría decir que la medida es proporcional.³⁰⁵

³⁰⁵ Este modelo se basa en la teoría de Alexy, para medir el grado o intensidad de la afectación de uno de los derechos en pugna, así como la importancia de la satisfacción del otro, Alexy utiliza la famosa escala: leve, moderado y grave.

La proporcionalidad de la restricción en México deberá analizarse en el marco del control de constitucionalidad difuso, el control podría desarrollarse partiendo de la interpretación de la ley, de modo que su contenido se ajuste al de las normas sobre derechos humanos que integran el parámetro de regularidad del artículo 1o. Constitucional; si no fuera posible una interpretación conforme a la ley, se continuaría con el control en el que se analizaría si la medida es proporcional o no, ya que, en el supuesto en que se concluya que afecta a uno de los derechos humanos de manera injustificada atendiendo a la ponderación; se procedería a la anulación de la ley con efectos generales o su inaplicación en el caso concreto, dependiendo de la competencia del tribunal que conoce del asunto.

En este sentido, se considera que las restricciones expresas de naturaleza constitucional al ejercicio de los derechos humanos pueden tener dos causas posibles en un régimen democrático:

- a) El resultado de un ejercicio de ponderación del propio constituyente de los mismos derechos humanos.
- b) El resultado de un ejercicio democrático de ponderación entre determinados derechos y otros bienes constitucionalmente protegidos.

En el capítulo quinto y sexto de esta investigación, se mostrará de forma más concreta, la forma en como las propias salas de la SCJN han ido interpretando a las restricciones constitucionales, cuáles de éstas se ajustan al estándar interamericano y cuáles deben ser las características que se deben cubrir por los Estados parte de la CADH, para considerar que las restricciones que impongan a los derechos humanos, se ajustan a la jurisprudencia interamericana. Por ahora baste decir que con este precedente nacional, se incorporó la concepción de restricción constitucional, como parte del parámetro de regularidad constitucional.

IV.2.7. Tesis de Jurisprudencia 104/2013.

La Tesis de Jurisprudencia 104/2013, aprobada por la Primera Sala en sesión privada el 25 de septiembre de 2013 bajo el rubro PRINCIPIO PRO PERSONA. DE

ÉSTE NO DERIVA NECESARIAMENTE QUE LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS POR LOS GOBERNADOS DEBAN RESOLVERSE CONFORME A SUS PRETENSIONES³⁰⁶, precisó que el principio en cuestión no es constitutivo de que los derechos para que las pretensiones alegadas por alguna de las partes, en su interpretación, le resulten favorables, pues las cuestiones litigiosas deben resolverse conforme a las reglas de derecho aplicables.

Sin duda, para que aplique el principio *pro persona*, primero debe verificarse que existen varias interpretaciones posibles, derivadas del proceso de subsunción de las normas y sólo entonces, cabe la aplicación del principio, para utilizar el que le resulte más favorable y le otorgue la protección más amplia, más no a resolver favorablemente a la parte que invoca tal principio.

En este sentido, si bien es cierto todas las autoridades de este país están obligadas a observar el control *ex officio*, en el ejercicio de la interpretación conforme, estos deben evaluar si existe, de entre esas normas y criterios nacionales e internacionales, una que resulte más favorecedora y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger; no obstante, los efectos que pueden alcanzar no son iguales para todas las autoridades.

IV.2.8. Contradicción de Tesis 336/2013.

Esta contradicción de tesis surgió entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero del Trigésimo Circuito y Primero en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Sexto Circuito, que fue resuelta el del 22 de enero de 2014 y publicada el 11 de abril del mismo año.

En este sentido, el Primer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito sostuvo que cuando en el juicio contencioso administrativo se aduce que una norma aplicada en el acto cuya nulidad se pretende trasgredir algún principio contenido en la Constitución Federal; el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativo no

³⁰⁶ Cfr. Tesis 1ª/J.104/2013 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2, p. 906.

puede válidamente omitir su estudio bajo el argumento de que las cuestiones de inconstitucionalidad están reservadas al Poder Judicial de la Federación.

Por su parte, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Sexto Circuito, sostuvo que todas las autoridades del país, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a garantizar el respeto y protección de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Así, el control de constitucionalidad ya no es limitativo de los órganos del Poder Judicial de la Federación, a través de los medios legalmente establecidos, sino que ahora todas las autoridades del país, incluidas las de carácter jurisdiccional, están facultadas y obligadas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a observar los derechos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

Existen dos vertientes que consiste la primera en el control constitucional que deben ejercer los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y juicio de amparo directo e indirecto y, el segundo el control de constitucional que deben ejercer el resto de los Jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

En este orden de ideas, como se estableció en este último precedente, el control de constitucionalidad que se concentraba en los órganos del Poder Judicial de la Federación, ahora se hace extensivo y obliga a todas las autoridades jurisdiccionales del país, toda vez que, el control de constitucionalidad conlleva a que los tribunales observen los derechos reconocidos en la Constitución Federal y los complementen con el contenido de los tratados internacionales en materia de derechos humanos como parte integrante del sistema jurídico mexicano.

Sin bien es cierto, las autoridades jurisdiccionales ordinarias no tienen posibilidad de hacer declaratoria de inconstitucionalidad de leyes, sino que únicamente están facultadas para su inaplicación; también lo es que, los Jueces del país, así como las autoridades del Estado Mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, de ahí la importancia de éste criterio, ya que, abrió una forma de control de constitucionalidad, al permitir que los juzgadores inapliquen aquellas normas que consideren contrarias a los derechos humanos.

Derivado de lo anterior, se puede deducir que los jueces nacionales al resolver los asuntos sometidos a su competencia están obligados a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución, sino también en los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales, adoptando la interpretación más favorable y respetando, en todo caso, las restricciones establecidas en la Constitución.

En esta tesitura, el control difuso que realizan los Tribunales Administrativos, el cual se ejerce de manera oficiosa, sí y solo sí, se encuentra motivo para ello, cuenta con una competencia específica que es a efecto de esclarecer un conflicto en materia de legalidad y con el objeto de cumplir los derechos fundamentales de audiencia, legalidad, debido proceso y acceso a la justicia; es en donde el juzgador al aplicar la norma de manera oficiosa realiza el contraste entre su contenido y los derechos humanos que reconoce el orden jurídico nacional, al no forma parte de la litis.

El control difuso no integra la litis que se limita a la cuestión de legalidad, puesto que, por razón de función, el juez debe desaplicar la norma que a su criterio no este conforme a la Constitución o con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, lo cual es una herramienta para la labor que desempeña día a día y que por atención a su función jurisdiccional puede ejercerla.

En ese contexto, hace referencia a que no debe mediar petición de parte; sin embargo, si existe la posibilidad que se dé a petición de partes como lo puede ser en un juicio de nulidad, en el cual se establece que se puede determinar únicamente de manera expresa respecto a que la norma no es violatoria de derechos humanos y no es necesario que lo justifique, pues no impone al Tribunal Contencioso la obligación de contestar de fondo los argumentos, ya que se convertiría en un control concentrado; de ahí la importancia que esta contradicción arrojó la tesis aislada CONTROL DIFUSO. SU EJERCICIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO³⁰⁷.

Resulta importante destacar que, en un juicio ordinario, las partes no cuentan con la titularidad de la acción para demandar la inconstitucionalidad de las normas, en un ejercicio de control difuso, es al Juez que le corresponde emitir el juicio de inaplicación de un precepto legal.

En razón de lo anterior, se puede arribar a la conclusión que en la actualidad en nuestro país prevalece el control concentrado, ya que, nuestra Carta Magna prevé procedimientos de control concentrado como lo es el Juicio de Amparo, la Acción de Inconstitucionalidad y la Controversia de Constitucionalidad, que únicamente facultan para resolver sobre ello al Poder Judicial de la Federación, lo que puede dejar entre ver que cuando el tema de inconstitucionalidad o de inconveniencia de leyes, forman parte de la litis por petición del promovente, el Juez está obligado a pronunciarse; sin embargo cuando se habla de control difuso si bien se faculta a las autoridades jurisdiccionales a que realicen un análisis respecto a la constitucionalidad o de convencionalidad sobre normas, no se le exige que justifiquen su determinación, lo cual no se podría hablar de un principio de exhaustividad.

IV.2.9. ADR 1640/2014.

³⁰⁷ Cfr. Tesis 2a./J. 16/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p. 984.

Este amparo en revisión resuelto por la Segunda Sala el 14 de agosto de 2014, tuvo como resultado la emisión de la tesis aislada bajo el rubro CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO O DIFUSO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REALIZARLO³⁰⁸, por el que la SCJN determinó que las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso; es decir, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo, ni siquiera bajo el argumento de una reparación de derechos humanos, ya que ello implicaría desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para interponer un medio de defensa, y que deben cumplirse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto, en franca contravención a otros derechos humanos como los de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales. En todo caso, han de interpretar las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable a las personas, pero sin que ello llegue a descuidar las facultades y funciones que deben desempeñar en atención a sus ámbitos competenciales.

De lo anterior, se considera una postura regresiva ya que se puede advertir que las autoridades administrativas tienen facultades de libre apreciación sobre el contenido de sus actos, pese a ello, sus facultades deben estar autorizadas por una ley o reglamento y en su esfera competencial, pues, en caso contrario, al ser una facultad discrecional podría tener como consecuencia la emisión de actos arbitrarios que persigan una finalidad distinta a la ley; situación que pierde de vista el principio pro persona, puesto que esa facultad debe estar prevista en una ley, sin tomar en consideración un criterio favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas.

³⁰⁸ Cfr. Tesis 2a. CIV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, Libro 11, octubre de 2014, p. 1097.

IV.2.10. Expediente Varios 1396/2011.

Aunque el estudio del Expediente Varios 1396/2011, se inició desde diciembre de 2011, fue resuelto el 11 de mayo de 2015 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de ese mismo año, para dar cumplimiento a las sentencias emitidas por la Corte IDH en los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú y otra vs México* el 31 de agosto de 2010. A través de éstas, la SCJN fijó postura, conforme a lo siguiente:

“El presente asunto tendrá como punto jurídico destacado determinar qué medidas deben adoptarse en el orden jurídico del Estado mexicano para la recepción de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana en los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*”.³⁰⁹

Partiendo de dicha base, la SCJN aprovechó para fijar límites a la aplicabilidad de la jurisprudencia de la Corte IDH, de tal manera que, si no se cumplen los requisitos que estipuló y que a continuación se transcriben, no se puede invocar la jurisprudencia interamericana, modificando de manera sustancial la posición que se había adoptado tanto en el Expediente Varios 912/2010, como la contradicción de tesis 293/2011:

De ahí que este carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana exige a los operadores jurídicos mexicanos lo siguiente:

1. Cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento.

³⁰⁹ Diario Oficial de la Federación del 14 de agosto de 2015. Consultado en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5404091&fecha=14/08/2015.

2. En todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional.
3. De ser imposible la armonización, debe de aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas.³¹⁰

Con base en dicha premisa, terminó acotando totalmente la aplicación de la jurisprudencia interamericana, extendiendo a ella el peso de las restricciones constitucionales, pues desde la visión de la SCJN, si una resolución de la Corte IDH desconoce la existencia de una restricción, entonces debe prevalecer la restricción, por encima de la jurisprudencia interamericana. Al efecto, literalmente la SCJN señaló:

“.. para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación en atención a las sentencias internacionales, se estima adecuado analizar siempre la correspondencia que debe existir entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con aquellos que se encuentren dispuestos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o en los tratados que el Estado Mexicano celebre y que, por tanto, se comprometió a respetar, en el entendido de que si alguno de los deberes del fallo implica el desconocimiento de una restricción constitucional, deberá prevalecer ésta en términos de lo determinado por el Pleno de la SCJN, al resolver la contradicción de tesis 293/2011...”³¹¹

Como se aprecia, esta resolución también resulta regresiva, respecto de la propia jurisprudencia de la SCJN fijada mediante el Expediente Varios 912/2010 y

³¹⁰ *Ídem.*

³¹¹ *Ídem.*

con ella un grave golpe al objeto del principio de convencionalidad, cuyo objetivo es la debida protección de los derechos humanos, a través de dicho principio.

Se estima que dicha determinación sin duda es inconvencional, pues como se verificó en el apartado anterior, las Cortes Constitucionales de los Estados no tienen facultades para interpretar las sentencias de la Corte IDH en términos de los alcances del *ius iudicata*. Cabe decir que dicha Corte, mediante sentencia del 12 de marzo de 2020³¹², determinó que el Estado mexicano ha ido dando cumplimiento a la resolución; sin embargo, aún no la tiene por cumplida y requirió continuar implementando su obligación de conducir en el fuero ordinario, la investigación y, en su caso, el proceso penal con el fin de determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar, en su caso, las sanciones; además de mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de las medidas de reparación.

En este sentido, el Expediente Varios 1396/2011 nos lleva a advertir que si una resolución de la Corte IDH fuera contra una restricción constitucional expresa al ejercicio de los derechos humanos, los tribunales mexicanos o cualquier otra autoridad deberán hacer caso omiso de aquel fallo para que predomine tal restricción; lo que haría ineficaz la pertenencia de México al sistema interamericano de derechos humanos, y el cumplimiento de los tratados internacionales.

IV.2.11. Tesis de jurisprudencia 11/2014.

Esta tesis de jurisprudencia aprobada por la Primera Sala de la SCJN de fecha 7 de febrero de 2014 y publicada el 28 de febrero del mismo año, bajo el rubro: “DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO”.³¹³

Dentro de todo proceso hay un núcleo duro e inexcusable y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de potestad punitiva

³¹² Corte IDH, *Rosendo Cantú y otras vs México*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución emitida el 12 de marzo de 2020, consultable en http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/rosendo_12_03_20.pdf.

³¹³ Tesis 1ª./J.11/2014 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, p. 396.

del Estado. Ese núcleo es lo que la SCJN llama las formalidades esenciales del procedimiento, que en conjunto constituyen la garantía de audiencia, como lo estipuló el Pleno en 1995, mediante jurisprudencia P./J47/95 bajo el rubro “FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO”, las que son:

1. La notificación del inicio de procedimiento;
2. La oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas en que se finque la defensa;
3. La oportunidad de alegar y
4. Una resolución que dirima las cuestiones debatidas.
5. Un medio para impugnar en caso de no estar de acuerdo con el resultado.

El otro núcleo, identificado con el conjunto de garantías mínimas que debe tener toda persona, está íntimamente relacionado con el objeto de la litis o la materia. Por lo tanto, respecto de dicho conjunto de garantías hay dos especies:

1. Todas las personas tienen derecho a ser representados y asesorados jurídicamente, a no declarar en contra de sí mismos y a conocer la causa del procedimiento
2. Es la combinación del elenco mínimo de garantías de igualdad ante la ley, que protege a las personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja, por ser de algún grupo vulnerable, el de contar con un intérprete o traductor de ser necesario, entre otras.

En este sentido, el derecho a un debido proceso es el derecho humano más comúnmente vulnerado por el Estado, es usualmente a través de los operadores judiciales que se hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional; la Corte IDH denomina a tal derecho como “el derecho de defensa procesal”³¹⁴ es una

³¹⁴ Entendido éste como “el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera”, tal y como lo dispone el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Cfr.* Corte IDH, *Caso*

garantía que debe estar presente en toda clase de procesos, no sólo en aquellos de orden penal, sino de tipo civil, administrativo o de cualquier otro; además de que el debido proceso tiene un carácter dual: por una parte, son una garantía para el buen funcionamiento judicial en sí y por otra, involucran el respeto de otros derechos fundamentales.

El derecho al debido proceso busca corroborar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro cualquier tipo de proceso, conforme a reglas establecidas, cuyo resultado será el dictado de una sentencia que exprese el derecho aplicable al caso concreto, aunado a que resulta necesario la existencia de un justo equilibrio entre el ciudadano y el Estado, donde las garantías procesales prevalezcan y se eviten arbitrariedades, por ello la importancia de aplicar el control de convencionalidad ante una vulneración a los derechos humanos.

IV.2.12. Tesis de Jurisprudencia 69/2014

Esta Jurisprudencia aprobada por la Segunda Sala bajo el rubro CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. CONDICIONES PARA SU EJERCICIO OFICIOSO POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES FEDERALES³¹⁵, es el primer precedente por el que se comienzan a esbozar interpretaciones en el sentido de “dar una salida” a los juzgadores para “evitar” aplicar los estándares convencionales y constitucionales sobre control *ex officio*, garantía mínima de seguridad jurídica, relativa a motivar las decisiones judiciales.

Y se afirma tal cosa porque bajo este criterio, los miembros de la Segunda Sala de la SCJN interpretaron que la obligación de control se actualiza únicamente cuando el órgano jurisdiccional advierta que una norma contraviene derechos humanos contenidos en la Constitución Federal o en los tratados internacionales de

Genie Lacayo vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de enero de 1997, párr. 74, consultable en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf.

³¹⁵ Tesis 2a./J. 69/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, p. 555.

los que el Estado Mexicano sea parte, aun cuando no haya sido impugnada, porque con su ejercicio oficioso se garantiza la prevalencia de los derechos humanos.

El efecto práctico de dicha jurisprudencia fue cuando los justiciables señalaban que se habían violado sus derechos humanos; no obstante, los Tribunales se limitaban a decir que no habían advertido tal violación, sin mayor argumento, para no estar obligado a realizar ningún análisis al respecto.

IV.2.13. Contradicción de Tesis 299/2013.

Esta contradicción de tesis resuelta el 14 de octubre de 2014 por el Pleno de la SCJN, resolvió los criterios sustentados entre el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito al resolver el amparo directo 210/2013 y el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región al resolver el amparo directo 122/2013.

El Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito al llevar a cabo una interpretación del artículo 103, fracción II del Código Fiscal de la Federación –que prevé el delito de contrabando presunto-, bajo el principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 20, apartado B, fracción I, constitucional, así como de la jurisprudencia 1ª./J.83/2005, de la Primera Sala de la SCJN, determinó que los conceptos de violación del quejoso resultaban inoperantes, porque el tema de constitucionalidad planteado estaba ya resuelto, precisamente en la tesis de jurisprudencia citada, y que la misma no podía someterse a un control de convencionalidad.

Y por su parte, el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región analizó la constitucionalidad del artículo 103, fracción II del Código Fiscal de la Federación, bajo el principio de presunción de inocencia (artículo 20, apartado B, fracción I constitucional); asimismo, analizó la jurisprudencia 1ª./J. 83/2005; además los artículos 192 y 194 de la Ley de Amparo abrogada, sin embargo, el resultado interpretativo fue que los conceptos de violación resultaban fundados, ya que la norma impugnada resultaba violatoria del principio de

presunción de inocencia, y que la jurisprudencia 1ª/J.83/2005 de la Primera Sala, que reconoce la validez constitucional de la norma mencionada, podría inaplicarse por resultar inconvencional, en razón del principio *pro persona* y de la interpretación constitucional. Además, el tribunal sostuvo que, los tribunales colegiados podrían inaplicar cualquier otra jurisprudencia que resultase inconvencional.

Lo anterior, dio como resultado la jurisprudencia identificada bajo el rubro JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUIA³¹⁶, en donde se precisó que la obligación prevista en los artículos 1º y 133 de la Constitución obligan a todas las autoridades a realizar control de constitucionalidad/convencionalidad *ex officio* y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales, aún a pesar de las disposiciones en contrario contenidos en cualquier norma inferior, no contempla la jurisprudencia emitida por la SCJN y muy por el contrario, el artículo 94 constitucional prevé que ésta es obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga la ley aplicable, que es la Ley de Amparo, en cuyo artículo 217, de ahí que no puede inaplicar la jurisprudencia, ya que existen medios legales para subsanar esta posible contradicción con un derecho humano.

En este sentido, consideraron que la jurisprudencia no puede ser sometida a un control de convencionalidad por cualquier órgano jurisdiccional de menor jerarquía, porque la propia ley prevé mecanismos cuando se estime que la misma no resulta acorde al modelo de control de regularidad constitucional de derechos humanos para sustituirla; y reitera que la misma es obligatoria en términos de lo dispuesto en la Constitución Federal, así como, en la propia normatividad; pues no se puede permitir que un órgano de menor jerarquía pueda revisar un criterio obligatorio en el que se analizó el contenido de una norma que en el caso específico

³¹⁶ Tesis P./J.64/2014 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, Libro 13, diciembre de 2014, p. 8.

atendía a un derecho humano previsto constitucional y convencionalmente, lo que distorsionaría la certeza y la seguridad jurídica que genera la jurisprudencia.

En virtud de lo anterior, las razones dadas se pueden centrar básicamente en que la jurisprudencia es obligatoria, de acuerdo con la Ley de Amparo y ello es así porque no habría seguridad jurídica ni certeza sobre qué decisión esperar de un juez inferior; sin embargo, se podría percibir una disyuntiva partiendo de que se resolvió en la contradicción de tesis 293/2011, el reconocimiento a la posibilidad de inaplicar criterios jurídicos nacionales.

Aunado a lo anterior, los jueces cuentan con una herramienta constitucional como lo es la interpretación conforme; a través de ella, lo que se busca es concordar los significados de una disposición (la norma), sin tener que cambiar los signos (el enunciado normativo), es así, que la razón fundamental del control judicial está en regular las normas derivadas de las interpretaciones que se hacen de las disposiciones o enunciados normativos; más que sobre las disposiciones legislativas.

Es así como, los jueces tienen voz y aportan argumentaciones distintas, realizan una interpretación de la normatividad y toman decisiones, siempre en aras de una mejor protección de los derechos de las personas, no solamente se trata de quién tiene la última decisión, sino de cuál es la solución que asegura de mejor manera el propósito del Estado: la tutela de los derechos fundamentales. Si bien es cierto el juzgador no puede calificar la constitucionalidad de la jurisprudencia nacional, por ser esta obligatoria, lo cierto es que si está constreñido a realizar un ejercicio de ponderación respecto de los derechos debatidos y determinar la posibilidad de aplicar atendiendo a la particularidad del caso.

Se considera atinado el criterio bajo los principios de certeza y seguridad jurídica, la jurisprudencia que fije la SCJN, no puede estar sujeta a valoraciones de convencionalidad, más que por ellos mismos.

IV.2.14. Tesis de Jurisprudencia 123/2014.

Dicha tesis de jurisprudencia aprobada por la Segunda Sala, en sesión privada del 12 de noviembre de 2014, bajo el rubro CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SU EJERCICIO DEBE SATISFACER REQUISITOS MÍNIMOS CUANDO SE PROPONE EN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN³¹⁷ determinó que la sola afirmación de que las “normas aplicadas en el procedimiento” no era suficiente para que el juzgador debiera hacer un análisis de convencionalidad, ya que implicaría que éste debiera analizar el total de las normas aplicadas en el procedimiento y confrontarlas con todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, situación que se tornaría imposible de atender, por lo que establece como requisitos:

- 1.Cuál es la norma que en específico se estima inconvencional y
- 2.Cuál es el derecho humano que está en discusión.

Estos requisitos se estiman absurdos si se parte de que el estándar internacional, desde 2006 determinó que el control de convencionalidad se debe realizar *ex officio*, es decir, sin que medie petición de parte y pues sí, aunque parezca una tarea ardua y casi imposible de realizar para el juzgador, el conocer todas las normas de derecho internacional que protegen derechos humanos, las debe conocer porque para eso es el perito en derecho en quien el Estado depositó la alta tarea de impartir justicia y, atendiendo a esa investidura, tiene la obligación de que, sin que medie solicitud expresa de las partes, al advertir que una norma pudiera contravenir derechos humanos, deben aplicar *ex officio* el control de convencionalidad.

Bien lo concibieron Hamilton, Madison y Jay desde 1787, como ya se ha citado en otras partes de esta investigación, la función jurisdiccional no es para cualquier persona, es para los estudiosos de las leyes.

³¹⁷ Tesis 2ª./J.123/2014 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Tomo I, Época, Libro 12, noviembre 2014, p. 859.

En este sentido, se aprecia errado el criterio sostenido por la Segunda Sala y sigue incurriendo en ese error la SCJN en general, al establecer “requisitos” para que los jueces hagan control de convencionalidad, máxime que los mismos, no se encuentran previstos en el texto constitucional, que en todo caso es el máximo ordenamiento de este país y por vía de interpretación, inconventionalmente, ponen remedio a un problema de formación de los jueces mexicanos.

A diez años de distancia de que se modificó la Constitución para incorporar a los derechos humanos dentro del parámetro de constitucionalidad, se debió haber atendido en un primer momento, la importancia de invertir esfuerzos en la formación judicial y la profesionalización de todos los jueces en materia convencional; y al decir a todos, me refiero en realidad a todos los que ejerzan la función jurisdiccional, no sólo a los Jueces y Magistrados del Poder Judicial de la Federación que están facultados para resolver las controversias de constitucionalidad por vía directa, sino también, a los que realizan control difuso, porque ¿Cómo puede un juez proteger y garantizar derechos que no conoce o sabe que existen? ¿Cómo puede hacer interpretación conforme o *pro persona* si desconoce los estándares internacionales aplicables a su materia?

Es decir, todos los juzgadores deben garantizar que no se vulneren los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Magna, así como en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano forma parte, para lo cual cuentan con la facultad de ejercer un control constitucional difuso o *ex officio*, por lo que, toda autoridad jurisdiccional tiene la obligación de inaplicar la norma que debería fundar su acto, si ésta es violatoria de un derecho humano contenido en el texto constitucional o en un tratado internacional, sin que sea requisito una solicitud expresa de las partes.

Sin duda es más cómodo cerrarle la llave al justiciable y encarecerle su derecho de acceso a la justicia, obligándolo a “saber pedir”, incluso en contra de principios ancestrales como el *iura novit curia* (dame los hechos que te daré el derecho). Si para eso no necesitábamos el control de convencionalidad *ex officio*,

basta con tener jueces bien preparados que dignifiquen la investidura que les ha sido otorgada.

Pero de todo esto profundizaré en el último capítulo de propuestas; por ahora baste decir que este criterio, junto con todos los demás que fueron incrementando los “requisitos” para que procediera el control *ex officio* y el mecanismo de vía directa para su estudio, son sencillamente intolerables.

IV.2.15. ADR 476/2014.

Esta tesis aislada dictada por la Primera Sala el 22 de abril de 2015, bajo el rubro CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. SU APLICACIÓN NO IMPLICA QUE EL JUZGADOR PUEDA OBVIAR LAS REGLAS PROCESALES³¹⁸, precisó que el control de convencionalidad no permitía al juzgador obviar a conveniencia, el debido proceso ni sus formalidades, por lo que dicho control debe ceñirse a sus competencias, sin obviar dichos canales.

Me parece muy atinado este criterio, pues como se mostrará en el Capítulo siguiente, ha habido casos en donde los Juzgadores, aún los de control concentrado y de última instancia, han obviado todo tipo de presupuesto procesal y regla de procedimiento, para resolver supuestas cuestiones de violaciones a derechos humanos, ejecutando actos no propios a su competencia, como la valoración de pruebas e incluso, la valoración de dichos y hechos novedosos en las demandas de amparo directo, que ni siquiera forman parte de los autos, ni de las constancias, porque sencillamente nunca se hicieron valer ante el juez natural y aun así, los consideran como válidos para la sentencia de amparo, sustituyendo indebidamente en funciones al juez ordinario.

³¹⁸ Tesis 1ª. CCCXLV/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 24, 24 de noviembre de 2015, Tomo I, p. 962.

IV.2.16. ADR 4927/2014.

Esta tesis aislada emitida por la Primera Sala el 27 de mayo de 2015 bajo el rubro CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SU EJERCICIO NO LIMITA NI CONDICIONA EL CONTROL CONCENTRADO³¹⁹, señaló que el control difuso que utilizan los Jueces ordinarios, en el ámbito de sus competencias, constituye una herramienta en su labor de decir el derecho, la cual puede ejercerse *ex officio*, de tal manera que el Juez puede:

1. Coincidir con el peticionario y estime que debe desaplicar una norma, o
2. Que no convenga lo solicitado.

En el segundo caso, bastará con que mencione en una frase expresa que no advirtió que la norma fuese violatoria de derechos, para que se estime que realizó el control difuso y respetó el principio de exhaustividad, sin que sea necesario una justificación jurídica exhaustiva, pues la norma no le generó la convicción de que se pusiera en entredicho la presunción de constitucionalidad de la que gozan las disposiciones jurídicas; esto, porque no puede imponerse al juzgador natural la obligación de contestar de fondo los argumentos de inconstitucionalidad o inconventionalidad, ya que ese proceder implicaría que la vía se equipare a la de control concentrado, desvirtuándose las diferencias entre los dos modelos de control, además de que el control de constitucionalidad corresponde a los órganos del Poder Judicial de la Federación, quienes deciden en forma terminal y definitiva si una disposición es o no contraria a la Constitución Federal o a los tratados en materia de derechos humanos; de tal manera que, los pronunciamientos que se hagan en el juicio de nulidad por la autoridad responsable, no limitan las facultades constitucionales de los juzgadores a cargo del control concentrado.

Como se puede apreciar, la inercia del control concentrado se hace sentir en esta tesis aislada y resulta totalmente inconstitucional la consideración de que el

³¹⁹ Tesis 1ª.CCXC/2015 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, p. 1648.

control de convencionalidad *ex officio* por parte de los jueces ordinarios, es una atribución potestativa.

La propia Constitución, en su artículo 1º señala categóricamente como obligación del control *ex officio*, para todas las autoridades. En ningún momento maneja el verbo “pueden”, como sí lo señala la primera sala en este criterio, como si se tratara de una elección o una opción de realización; sin embargo, debe destacarse que, el control difuso constitucional y convencional impone a las autoridades jurisdiccionales, una nueva práctica en el desarrollo de su función; esto es, los juzgadores no deben limitar su actividad a juzgar los hechos conforme a la ley, sino que, también deben juzgar la ley y los actos de las autoridades administrativas y los de los particulares, con una interpretación conforme; esto, sin duda enriquece el sistema de fuentes normativas, transformando la perspectiva de tutela de los derechos humanos en los procesos jurisdiccionales.

No obstante, este tipo de criterios, claramente regresivos, se estima fueron el resultado de ver el importante incremento en las cargas de trabajo, derivado de las muy disímolas interpretaciones provenientes de los juzgadores ordinarios, que lo único que propiciaban, era más carga de trabajo a los juzgadores competentes en el control concentrado (como ellos los llamaron) al tener que ser más exhaustivos en el análisis.

Además, con este criterio les dieron el remedio a los juzgadores ordinarios para quitarse la monserga de tener que analizar cuestiones de convencionalidad, pero cortaron de tajo el importante proceso de capacitación que en la materia se había emprendido por los propios tribunales locales, para profesionalizar a sus juzgadores.

IV.2.17. AD 23/2014.

Esta tesis aislada aprobada por la Primera Sala el 17 de junio de 2015 bajo el rubro AMPARO DIRECTO. ELEMENTOS A CONSIDERAR POR EL TRIBUNAL DE AMPARO CUANDO SE ALEGUE LA OMISIÓN DE ESTUDIO DE UNA CUESTIÓN

DEBIDAMENTE PLANTEADA ANTE LA AUTORIDAD RESPONSABLE³²⁰ establece que si bien, por regla general, ante la constatación de una omisión de estudio de una cuestión debidamente planteada ante la autoridad responsable, el tribunal constitucional no tiene permitido sustituirse en las facultades de apreciación e interpretación de aquella, ya que los principios federales, de división de poderes y de defensa de las partes exigen que sean los tribunales ordinarios los que resuelven primeramente las preguntas jurídicas y exploran los distintos métodos jurídicos, por lo que procede es el reenvío para efectos y no la sustitución.

Sin embargo, el reenvío se hace cuando existe la posibilidad de que, al emitirse una nueva resolución, el sentido de la decisión judicial pueda cambiar, pero cuando no exista esa posibilidad, el tribunal de amparo debe evitar retardar la administración de justicia y por economía procesal, negar el amparo, desarrollando razones objetivas de su decisión.

El tribunal de amparo debe considerar que a medida que el punto controvertido esté más abierto a una pluralidad de opciones interpretativas, existe una presunción a favor del reenvío, mientras que al tratarse de un punto sobre el cual existe una respuesta firme y objetiva por estar resueltas claramente por las normas jurídicas aplicables o por criterios de jurisprudencia firmes, entonces, los jueces constitucionales deben resolver ante sí dichas cuestiones

Este precedente se cita, sobre todo por el contenido respecto a los alcances de los jueces federales y lo que hemos venido exponiendo respecto a los tres principios que se deben considerar para determinar cuál es la competencia de los jueces al interpretar. No sólo tiene que ver con la materia, sino con lo que en esta tesis se cita:

1. El federalismo,
2. La división de poderes,

³²⁰ Tesis 1ª. I/2017 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, Libro 38, Enero de 2017, p. 377.

3. Y la defensa de las partes.

Si el juez de amparo resuelve, sustituyendo al juez natural, la impugnación que podrá hacer la parte afectada, sólo podrá versar sobre la posible inconstitucionalidad o inconvencionalidad de normas, pero no de los propios criterios de interpretación del juez de amparo, sobre los hechos o valoraciones que haga del juicio natural, lo cual anula el derecho de defensa de las partes, pues ya no tendrán vía para desvirtuar tales apreciaciones del juez de amparo, máxime que son los tribunales constitucionales, los que podrán decidir si había varias interpretaciones posibles, o sólo una, que mientras está debidamente razonada, posiblemente sea constitucional, aunque no justa.

Justo en ello estriba el análisis de esta investigación, pues como se verá en el capítulo posterior, como bien apunta Guastini, las resoluciones judiciales no pueden valorarse sobre un criterio de verdad o falsedad, pues son meras apreciaciones de quien tiene la facultad y función de discernir sobre una litis. Sin embargo, las resoluciones judiciales sí se pueden medir por su eficacia jurídica, tomando como referencia, si resolvieron el problema que se les planteó, atendiendo a varios indicadores de verificación.

Uno de ellos tiene que ver, como bien apunta este criterio con impartir justicia de forma pronta y expedita. De nada sirve una resolución muy bien razonada y motivada, si no resuelve el asunto de fondo y lo dilata más.

El otro es respecto a la protección al derecho de defensa a las partes, pues si por impartir justicia pronta, se limita el derecho de las partes a defenderse debidamente, lo cual sólo pueden hacer ante el juez ordinario, para poder replantear en análisis de las pruebas y de las constancias, cabe hacer una ponderación más profunda.

Otro más es el efecto práctico de la decisión, como se dice “si a ningún fin práctico” conduce una resolución, no tiene sentido resolver basado en el dispositivo normativo, sin que produzca ninguna consecuencia positiva para las partes.

Y finalmente, un parámetro debe ser el bien común, decidir por lo que resulte benéfico a la mayoría, sin desproteger los derechos fundamentales de la otra parte.

IV.2.18. ADR 7/2015.

Esta tesis aislada aprobada por la Segunda Sala, el 12 de agosto de 2015 y publicada hasta octubre de 2016, bajo el rubro JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SUJETARSE A CONTROL DE CONVENCIONALIDAD³²¹ fue un complemento a la tesis aislada P./J. 64/2014 (10ª) publicada el 12 de diciembre de 2014 a la que nos referimos apartados anteriores, que sólo refería que órganos inferiores, no podían hacer control de convencionalidad, respecto de la Jurisprudencia de la SCJN y que, por el contrario, les resultaba obligatoria.

Esta tesis parte de la premisa que si bien, varios órganos estaban facultados para emitir jurisprudencia, el máximo de dichos órganos es la SCJN, en ese sentido, si bien la jurisprudencia es el resultado de la función y desempeño de la labor interpretativa y jurisdiccional del más Alto Tribunal del país, sus decisiones y sentencias, no se pueden sujetar a control constitucional, ya que de lo contrario, sería contrariar la naturaleza de sus resoluciones como “definitivas e inatacables”, pero además, violaría los principios de certeza y seguridad jurídica, y lejos de dar congruencia y claridad al contenido de la Ley de Amparo, contravendría su mandato, generando una sensación de inestabilidad e incertidumbre para los justiciables.

Al respecto, se estima atinado el criterio, coincidiendo que por un criterio de congruencia y bajo los principios de certeza y seguridad jurídica, la jurisprudencia que fije la SCJN, no puede estar sujeta a valoraciones de convencionalidad, más que por ellos mismos, que en una nueva reflexión y bajo la óptica de la constante evolución de la jurisprudencia en materia de derechos humanos, podrían ir

³²¹ Tesis 2ª. CII/2016 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 35, Tomo I, octubre de 2016, p. 928.

avanzando y mejorando los criterios que protejan de mejor manera de derechos humanos.

Nos quedamos con estas sabias reflexiones, pues en un criterio muy reciente, vertido en la contradicción de tesis 351/2014, resuelto apenas el 28 de septiembre pasado, parecieron alejarse de la importancia de los principios de seguridad y certeza jurídica, causando lo que en esta tesis quisieron evitar, una sensación de inestabilidad e incertidumbre en algunos que nos hemos puesto a analizar su contenido.

IV.2.19. ADR 1046/2012.

Fueron dos las tesis que derivaron del ADR 1046/2012, motivada por una controversia del orden civil en materia de sucesiones, cuya sentencia fue emitida el 7 de julio y publicada el 28 de agosto de 2015, arrojó dos tesis:

1. CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO DEBEN EJERCERLO SÓLO EN EL ÁMBITO DE SU COMPETENCIA.
2. CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO NO ESTÁN FACULTADOS PARA EJERCERLO RESPECTO DE NORMAS QUE RIGEN EL JUICIO DE ORIGEN.

En la primera tesis, se señaló que la SCJN ha reiterado lo que ya dicen los tratados internacionales y la propia jurisprudencia de la Corte IDH, respecto a que el control de convencionalidad *ex officio*, está limitado a la competencia de cada uno de los jueces.

Esto es así, porque ante la falta de método y reglas de cómo hacer control *ex officio*, los tribunales federales comenzaron a emitir resoluciones que calificaban de “inconvencionales” leyes del orden local, incluso de tipo procesal, anulando en

su totalidad todas las actuaciones desahogadas en un procedimiento, propiciando, en muchas de las ocasiones, inequidad entre las partes, ya que figuras como la preclusión o la prescripción, que operan en favor o en contra de alguna de las partes, resultaron ignoradas, obligándose a la reposición de todo el procedimiento en el mejor de los casos, o bien, resolviendo de fondo, en asuntos que no eran de su competencia.

La argumentación mantenida por el Tribunal Pleno consistió:

1. Los tribunales colegiados no tienen competencia para aplicar directamente las normas procesales o substantivas que rigen el acto reclamado.
2. Admitir que los tribunales colegiados pueden hacer control *ex officio* de esas normas generaría inseguridad jurídica y se desconocería el efecto de instituciones como la preclusión o la cosa juzgada.
3. Para respetar la funcionalidad del sistema de control constitucional los tribunales colegiados deben seguir realizando su labor observando las prácticas que tradicionalmente le han regido con algunos deberes adicionales.
4. El criterio sostenido no limita la obligación de los tribunales colegiados de observar el artículo 1º. Constitucional, porque éstos pueden hacer control concentrado en respuesta a conceptos de violación, causa de pedir o en suplencia de la queja cuando proceda.

Es la segunda tesis, que tuvo mayor impacto en el sistema jurídico, se determinó de manera categórica, la prohibición de los Tribunales Federales para examinar *ex officio* la inconstitucionalidad de los preceptos que rigen el juicio natural, con el objetivo de preservar la seguridad jurídica de los procesos judiciales, en consonancia a que los jueces sólo pueden hacer control difuso *ex officio* en el ámbito de su competencia, cuya utilidad es determinante, en el caso práctico que comentaremos en la parte final de este trabajo y que permite entender por qué somos partidarios de imponer límites y reglas al control *ex officio*.

En el ADR 1046/2012 se incurre en una interpretación que no instituye el control de convencionalidad en el sentido avalado por la Corte IDH, se estima que lo hace a partir del amparo mexicano trayendo como consecuencia una parcialidad competencial de control de normas y la interrupción del control difuso de toda norma contraria a la convención; empero, se puede concluir que los Tribunales Colegiados sí pueden ejercer de oficio un control de constitucionalidad ex officio siempre que se trate de normas que a ellos les corresponda aplicar.

IV.2.20. ADR 1083/2014.

Este amparo generó dos tesis aisladas emitidas por la Primera Sala el 9 de septiembre de 2015 y publicadas hasta febrero de 2016, bajo los rubros:

1. AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. PARA EFECTOS DE SU PROCEDENCIA DEBE VERIFICARSE SI LA AUTORIDAD RESPONSABLE REALIZÓ UN VERDADERO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD³²², por el que se determinó que para que procediera la revisión de amparo se debería verificar que efectivamente se hizo un control de convencionalidad por parte de la autoridad responsable, pues no bastaba con la simple afirmación.
2. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. LAS AUTORIDADES JUDICIALES, PREVIO A LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA EN ESTUDIO, DEBEN JUSTIFICAR RAZONADAMENTE PORQUÉ SE DESTRUYÓ SU PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD³²³, mediante la que se interpretó que, para dar cumplimiento al artículo 1o. Constitucional, en caso de considerar que una norma es contraria a los derechos humanos, deberían actuar en aras de proteger el derecho que se estime vulnerado y, en todo caso, realizar un control *ex officio* del que pueda resultar como última opción la

³²² Tesis 1ª.XXI/2016 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Decima Época, Tomo I, p. 665.

³²³ Tesis 1ª.XXII/2016 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Decima Época, Tomo I, p. 667.

inaplicación, ya que se parte de la presunción de constitucionalidad de las normas que conforman el sistema jurídico mexicano, de tal manera, que previo a su inaplicación, deben de justificar razonadamente porqué se derrotó la presunción de constitucionalidad.

Respecto de la primera tesis generada, llama la atención que el criterio se emitió más o menos en la misma fecha que el que citamos en el capítulo III, el caso *Comunidad Garífuna De Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 8 de octubre de 2015, porque el que la Corte IDH, en su momento, interpretó que sólo podría hacer control de convencionalidad cuando verificara que la norma que se tilda de inconvencional, en efecto fue aplicada en un ejercicio de subsunción o interpretada, de otra forma, no había manera de hacer control. Ya después modificó el criterio.

Por lo pronto, el criterio vigente ordena que, si el acto reclamado se sustenta en la aplicación o no del control *ex officio*, sí procede la revisión de amparo.

Ahora bien, por cuanto hace al segundo criterio, parece adecuado que se haya establecido, la obligación de justificar razonadamente una inaplicación de norma, como se espera que cualquier discernimiento que haga el juez, al resolver el caso lo haga, pues precisamente en eso consiste la obligación de motivación que la propia Constitución prevé.

A contrario sensu si el justiciable menciona que estima violatorio de sus derechos un acto de autoridad o la aplicación de una norma que sirvió de fundamento, se esperaría que hagan un análisis exhaustivo y justifiquen razonadamente el porqué de su decisión, en lugar de que baste con que diga que no le causó sospecha de inconstitucionalidad o inconvencionalidad, para que se considere que hizo un análisis exhaustivo, como lo determinaron en otros momentos de los que ya hemos comentado en apartados anteriores.

Se nota que no hay piso parejo entre autoridades judiciales y justiciables, pues mientras a unos sí se les requieren una serie de requisitos para que el juez

pueda realizar control *ex officio*, a las autoridades les eximen vía jurisprudencia, de su obligación constitucional de motivar debidamente sus decisiones.

Además, el control de convencionalidad exige como presupuesto lógico sobre todo en la declaración de inaplicación de una norma de derecho interno, que sea aplicable a un caso en concreto; es decir; que no solo basta expresar que la norma es contradictoria a un derecho humano, sino que debe corroborarse la condición de aplicabilidad de la misma.

Es así, que la autoridad no puede declarar la inaplicación de una norma, cuando su contenido no es aplicable al caso concreto y no cualquier inaplicación de alguna norma que la autoridad realice constituye un fundado control de convencionalidad, de ahí la obligación de justificar razonadamente una inaplicación.

IV.2.21. Tesis de Jurisprudencia 4/2016.

La Jurisprudencia emitida por la Primera Sala el 27 de enero de 2016 bajo el rubro CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. CONDICIONES GENERALES PARA SU EJERCICIO³²⁴ estableció que, para hacer control de convencionalidad, el juzgador debe asegurarse de que se ha actualizado la necesidad de hacer este tipo de control y en realidad resulta indispensable hacer una interpretación conforme en sentido amplio, en sentido estricto o una inaplicación, lo cual ocurre sólo cuando se está en presencia de una norma que resulta sospechosa o dudosa de cara a los parámetros de control de los derechos humanos.

Por lo tanto, si tal sospecha no se actualiza, no es necesario hacer un análisis de constitucionalidad y convencionalidad exhaustivo, ya que se debe partir de la presunción de constitucionalidad de las normas, utilizando los métodos de interpretación conforme en sentido amplio o estricto.

³²⁴ Tesis 1ª./J.4/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, Libro 17, febrero de 2016, p. 430.

Esta jurisprudencia, es muy parecida a la tesis aislada que emitió la misma Primera Sala el 27 de mayo de 2015, en el expediente ADR 4927/2014, a la que ya nos hemos referido y respecto de la cual ya hemos expresado su análisis. Se registra dentro del marco evolutivo, porque en el ADR 4927/2014 sólo propició la emisión de una tesis aislada y en este caso, formó jurisprudencia.

Aunado a lo anterior, es importante este precedente ya que parte de la presunción de constitucionalidad de las normas, que goza de una presunción *juris tantum*; esto es, que el legislador al momento de crearla respetó los estándares constitucionales; es decir, la norma refutada es constitucional, salvo prueba en contrario.

Partiendo de esto, el juez al realizar el análisis de constitucionalidad no puede actuar en sentido inverso a esta presunción; esto es, que su criterio o postura inicial para examinar la ley debe ser que la norma es constitucional; después puede entrar al argumento contrario de inconstitucionalidad si observa argumentos contundentes que no hagan concurrente la norma en estudio con la Constitución.

La presunción de constitucionalidad impone a quien sostiene que el texto de una ley es inconstitucional la carga de argumentar convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma del texto expresa y el sistema de normas que el texto constitucional prevé.

En ese sentido, el juzgador debe observar que la ley goza de una presunción de constitucionalidad, por ello debe evitar la expulsión de normas por la mera sospecha de inconstitucionalidad intuitiva, pues le corresponde aportar la argumentación sólida para desvirtuar tal presunción, y en su caso obtener la declaratoria de inconstitucionalidad pretendida.

En el caso mexicano se ha reiterado a los jueces para ejercer el control de constitucionalidad que es de carácter oficioso, que no requiere que las partes pidan expresamente el estudio de constitucionalidad de una norma, sino que basta que el juez lo advierta, para que tenga la potestad de efectuar dicho estudio; entonces, tal

facultad tendrá que practicarla siempre y cuando encuentre argumentos categóricos de que la norma no puede ser interpretada en armonía con la Constitución.

Ante ello, se reitera que los jueces ordinarios deben contar con la experiencia en los asuntos constitucionales, luego puede llevar a una inaplicación de normas jurídicas por la sospecha de inconstitucionalidad, y con ello provocar un desconocimiento del sistema democrático del ordenamiento jurídico, y en consecuencia la propia violación a la Constitución.

IV.2.22. Tesis de Jurisprudencia 29/2016.

Esta Jurisprudencia aprobada por la Primera Sala el 8 de junio de 2016, aprobada bajo el rubro AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. NO SE ACTUALIZA LA PROCEDENCIA DE ESTE RECURSO POR LA SIMPLE MENCIÓN EN LA SENTENCIA DE AMPARO RELATIVA A QUE LA AUTORIDAD RESPONSABLE REALIZÓ UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD³²⁵ estableció que para que proceda el recurso de revisión en amparo directo, en el caso de control de convencionalidad, se debe actualizar cualquiera de las siguientes hipótesis:

1. El análisis de una norma general frente a una disposición que contemple un derecho humano, contenida en un tratado internacional, aun cuando la conclusión sea convalidar la norma, o
2. Cuando el órgano que realice el mencionado control, a través del mismo, dote de contenido, alcance o significado a un derecho humano previsto en una norma internacional, o desentrañe el verdadero sentido del mismo a partir de ésta última; y
3. Cuando se hubiere solicitado alguno de los ejercicios referidos y no se hubieran llevado a cabo por el órgano jurisdiccional sin justificación.

³²⁵ Tesis 1ª/J.29/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Decima Época, Tomo I, Libro 31, Junio de 2016, p. 508.

De no actualizarse ninguno de estos supuestos, la revisión de amparo sería improcedente, aunque en la sentencia de amparo se haya señalado que la autoridad responsable hizo dicho control, pues lo importante es verificar que en efecto se haya hecho.

Esta tesis se estima relevante porque se considera atinado el criterio. En efecto, lo que deben revisar los Tribunales Colegiados en la revisión de amparo, es si realmente se realizó un control de convencionalidad por la autoridad responsable, y se hizo con base en el parámetro de constitucionalidad, o bien, si en efecto se omitió.

Este criterio ayudó a precisar, que cuando no se haya hecho el control *ex officio*, existiendo una norma posiblemente convencional, procedía verificarlo mediante revisión de amparo; lo que actualiza la procedencia del recurso es que se hubiera efectuado un ejercicio de control de regularidad, esto es, aquellas normas que sirven para evaluar la constitucionalidad de una norma y no sólo una simple mención de que sí se hizo la improcedencia.

IV.2.23. Tesis de Jurisprudencia 37/2017.

Esta Tesis de jurisprudencia publicada el 26 de mayo de 2017, aprobada por la Primera Sala bajo el rubro INTERPRETACIÓN CONFORME, NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA³²⁶ parte de la premisa de la supremacía normativa de la Constitución, señalando que ésta no sólo sirve como parámetro de validez de todas las demás normas (en una posición muy Kelseniana y poco cercana al *corpus iuris interamericano*), sino para que las normas se interpreten conforme a los preceptos constitucionales, de tal forma de que, cuando existan varias posibilidades de interpretación, se elija la que mejor se ajuste al texto constitucional.

³²⁶ Tesis 1ª./J.37/2017 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 42, Mayo de 2017, Tomo I, p. 239.

Por lo tanto, antes de considerar una norma como constitucionalmente inválida (sin hacer ninguna referencia a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, que ya forman parte del parámetro de inconstitucionalidad), es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución.

El intérprete debe evitar que la contradicción se produzca, así el juez ha de procurar huir del vacío que se produce cuando se niega la validez a una norma y de ser posibles varias interpretaciones, utilizar aquella que salve la aparente contradicción.

El principio de interpretación conforme se ve reforzado por el principio *pro persona*, el cual obliga a maximizar la interpretación conforme en aquellos escenarios en los cuales, dicha interpretación permita la efectividad de los derechos fundamentales de las personas frente al vacío legislativo que puede provocar una declaración de inconstitucionalidad de la norma.

La aplicación del principio *pro persona* en la interpretación conforme de las normas secundarias, puede servir como un criterio de solución de antinomias que desplace otros principios del orden jurídico, incluidos la jerarquía y la supremacía constitucional, con base en tales supuestos, si un enunciado normativo de un tratado internacional parece contener la norma más favorecedora para la persona, esa disposición debería de ser considerada como el parámetro de control para todas las demás normas del sistema, sin que el juzgador tenga que preocuparse por la primera con el texto constitucional.

En este sentido, la interpretación conforme se ha sido utilizada para referirse a una técnica de interpretación de normas secundarias, debido a la reforma constitucional; sin embargo, la interpretación conforme es un criterio hermenéutico aplicable a todas las normas de derechos humanos que ordena la armonización entre la Constitución y los tratados internacionales en la materia, integrando,

además, el principio *pro persona*, como lo señala acertadamente Eduardo Ferrer Mac-Gregor³²⁷

IV.2.24. Contradicción de Tesis 351/2014.

Esta contradicción de tesis que se resolvió el 28 de septiembre de 2021, surgió a partir de los criterios sustentados por el Tercer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Segundo Circuito y el sustentado por el Cuarto Tribunal Colegiado del Centro Auxiliar de la Tercera Región, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el Primer Tribunal Colegiado del Centro Auxiliar de la Octava Región y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito.

Por su parte, del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito sostuvo que si bien es obligación de los jueces de distrito, al resolver los amparos indirectos de su competencia, llevar a cabo el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*; también lo es que, deben realizarlo en el ámbito de su competencia, al aplicar los preceptos normativos inherentes al procedimiento conforme a la Ley de Amparo, pues es respecto de ellos que el juez tiene la obligación de garantizar que los mismos no sean contrarios a las disposiciones constitucionales, ni a los tratados internacionales en materia de derechos humanos haya reconocido el Estado Mexicano, dada la naturaleza del amparo indirecto, el juez de distrito realiza un control concentrado de constitucionalidad de los que actos que ante él se reclaman.

El Cuarto Tribunal Colegiado del Centro Auxiliar de la Tercera Región sostuvo que procedió a realizar el control convencional bajo el principio de interpretación conforme en relación con la figura jurídica de reparación del daño, toda vez que, se encontraba obligado a ejercer la facultad de control constitucional, sin embargo,

³²⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 58, pp. 339-429.

existió una omisión de la autoridad responsable de ejercer el control difuso que le permitió el numeral 1o. de la Constitución, en aras de lograr el objetivo de proteger los derechos humanos del gobernado.

Las dos consideraciones anteriores dieron origen a la tesis aislada CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO DEBE EJERCERSE DE OFICIO POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.³²⁸

Por su parte, el Sexto Tribunal Colegiado en materia Administrativa de Primer Circuito, resolvió en las revisiones fiscales 505/212, 438/2012, 441/2012 y 518/2012, en el sentido de que el control de convencionalidad *ex officio* no fue reservado exclusivamente para órganos del Poder Judicial, sino también para Tribunales Administrativos Federales y en el ámbito local para tribunales judiciales administrativos y electorales, por tanto dentro de dichos órganos jurisdiccionales y con funciones de tal naturaleza que pueden hacer uso de dicho control se encuentra el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Si bien el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa no puede hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados, si está obligado a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados de la materia, dando origen las consideraciones a la tesis aislada CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO (CONTROL DIFUSO). EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA PUEDE EJERCERLO, NO SÓLO RESPECTO DE LAS NORMAS QUE REGULEN SU ACTUACIÓN, SINO DE TODAS LAS NORMAS GENERALES QUE LE CORRESPONDA APLICAR PARA RESOLVER LOS ASUNTOS DE SU COMPETENCIA.³²⁹

³²⁸ Tesis III.4o.(III Región) 1 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IV, Tomo V, enero de 2012, p. 4321.

³²⁹ Tesis I.6o.A.5 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXI, Tomo II, junio de 2013, p. 1253.

El Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sostuvo que en la resolución de los juicios de amparo directo salvo que pudiera desplegarse un control oficioso de convencionalidad como lo ha determinado la Corte IDH deben tenerse presente todas las particularidades que se implican en la emisión de las ejecutorias respectivas, esto es, deben acatarse todas las reglas que definen y delimitan el hacer y modo de hacer de todos los Tribunales Federales al ejercicio de sus funciones propias, de modo que, so pretexto de un nuevo paradigma en la protección de los derechos humanos el órgano de control no pueda separar de su propio ámbito de competencias, consideración que dio origen a las jurisprudencias:

JUICIO DE “AMPARO.ES UN MEDIO PARA EL CONTROL DE LA LEGALIDAD, CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD”.³³⁰ y

“ÓRGANOS DE CONTROL (LEGALIDAD, CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD). SU EJERCICIO NO PUEDE SEPARARSE DE SU ÁMBITO DE COMPETENCIA.”³³¹

El Primer Tribunal Colegiado del Centro Auxiliar de la Octava Región sustentó dos criterios, el primero de ellos se sustentó en que no era obstáculo para ese tribunal como garante de los derechos humanos analizar el acto concreto en el que se aplicó la referida norma; determinar que la disposición es contraria a un derecho humano reconocido en la Constitución y conceder el amparo contra el acto concreto reclamado como medida tendiente a lograr la desaplicación de la norma constitucional; en congruencia con el artículo 1º. de la Constitución Federal, pues a los juzgadores de amparo les corresponde de forma destacada la protección de los derechos humanos atendiendo a su ámbito de competencia; por lo que de elegirse la interpretación más extensiva cuando se trata de establecer los alcances de los derechos humanos y sus garantías.

³³⁰ Tesis I.5o.C. J/1 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, Tomo II, mayo de 2013, p. 1305.

³³¹ Tesis I.5o.C. J/2 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, Tomo II, mayo de 2013, p. 1306.

Tales consideraciones dieron origen a la tesis: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES APLICADAS EN EL ACTO RECLAMADO EN UN AMPARO INDIRECTO. ES VIABLE, AUNQUE AQUÉLLAS NO HAYAN SIDO RECLAMADAS DE MANERA DESTACADA O SEA IMPROCEDENTE EL JUICIO EN SU CONTRA.³³²

Asimismo, en el segundo criterio, se resolvió en el sentido de que la Sala se encontraba imposibilitada para analizar la inconstitucionalidad de una ley, pues de ser así ello significaría ejercer facultades propias del sistema de control de constitucionalidad de una ley, y determinó que aunque se concediera el amparo para el efecto de que la autoridad responsable ejerciera sus atribuciones constitucionales para determinar si es o no procedente inaplicar la norma tildada, sin realizar una declaración de validez sobre la misma, ya que ello está reservado a los medios de control constitucional y como la disposición normativa no es contraria a la Constitución a ningún fin práctico conduciría su concesión. Consideración que dio origen a la tesis siguiente:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. EN EL JUICIO DE AMPARO ES INNECESARIO CONCEDER LA PROTECCIÓN SOLICITADA PARA QUE LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL RESPONSABLE LO EFECTÚE, PUES EL ÓRGANO DE AMPARO PUEDE ASUMIR TAL ANÁLISIS.³³³

De esta manera, finalmente el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, constituyó dos criterios, en el primero de ellos, resolvió en el sentido de verificar el ejercicio del control de convencionalidad dado que el acto de la autoridad reclamado se contrasta, tanto con jurisprudencia interna, como con la jurisprudencia internacional; asimismo precisó que este control puede aplicarse no solo a normas generales; si no que es factible, jurídicamente, realizar

³³² Tesis XXVII.1o.(VIII Región) 8 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIII, Tomo IV, octubre de 2012, p. 2413.

³³³ Tesis XXVII.1o.(VIII Región) 9 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVI, Tomo III, enero de 2013, p. 2001.

dicho control respecto de cualquier *actuación u omisión* del Estado. Consideración que dio origen CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. PUEDE EJERCERSE RESPECTO DE CUALQUIER ACTUACIÓN U OMISIÓN DEL ESTADO: ACTOS Y HECHOS.³³⁴

El segundo criterio se sostuvo que con independencia de que en la demanda de amparo no se haya planteado el control de convencionalidad, dicho control debe aplicarse *ex officio* en cualquier caso en que la autoridad jurisdiccional advierta violación a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Federal o tratados internacionales; por lo que no requiere el planteamiento expreso de la parte agraviada.

Sin embargo, aun y cuando el juez federal se encuentra obligado a llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* sin necesidad de pronunciarse expresamente, lo cierto es que al tratarse de un amparo indirecto en el que se planteó únicamente la inconstitucionalidad de una norma secundaria, el juez se encuentra facultado para pronunciarse sobre la declaratoria de inconstitucional al precepto legal, apoyado en el control de convencionalidad, ello sin declarar la inaplicación de la norma, en virtud de que, la inaplicación se encuentra reservada para los jueces locales. Consideración que dio origen a la tesis de CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN EL AMPARO INDIRECTO. SI SE IMPUGNA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY, EL JUEZ DE DISTRITO PUEDE APLICARLO SI ADVIERTE QUE ÉSTA VIOLA ALGÚN DERECHO FUNDAMENTAL RECONOCIDO EN LA CONSTITUCIÓN O EN TRATADOS INTERNACIONALES, SIN REQUERIR DEL AGRAVIADO PLANTEAMIENTO EXPRESO AL RESPECTO, PERO SI ÉSTE NO PROPONE DICHO CONTROL, AQUÉL NO PUEDE EFECTUAR UNA DECLARATORIA DE INCONVENCIONALIDAD NI DECLARAR LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA.³³⁵

³³⁴ Tesis IV.3o.A.11 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, Tomo II, diciembre de 2012, p. 1305.

³³⁵ Tesis IV.3o.A.19 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, Tomo II, diciembre de 2012, p. 1301.

Derivado de lo anterior, el objeto de la contradicción consiste en saber cuál es el alcance del deber de los tribunales del Poder Judicial de la Federación a realizar control de convencionalidad *ex officio* sobre todas las normativas que conocen, tanto las procesales que rigen la actuación, como cualquiera otras aplicadas en los actos reclamados (sustantivas o procesales) o sobre las normas procesales que aplican en el ámbito de sus competencias y procedimientos.

El Pleno se separó de las consideraciones adoptadas anteriormente, ya que puntualizó, que el control de constitucionalidad puede realizarse a petición de parte y a través de la figura de la suplencia de la queja; mientras que, el control *ex officio* será a cargo de los juzgadores federales con independencia de un planteamiento o de la suplencia.

En este sentido, el tipo de control de la constitucionalidad de las normas puede realizarse de forma directa como lo es el juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional (control concentrado) y en la vía incidental (control difuso), en la que la norma aplicada no ha sido materia de impugnación, empero, los juzgadores pueden advertir su posible inconstitucionalidad.

Aunado a lo anterior, el control difuso puede realizarse con las disposiciones de la Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución, con el objetivo de inaplicar para el caso, cualquier disposición que resulte contraria al texto constitucional. Y por su parte, el control concentrado, a través de las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, permite llevar a cabo un diverso análisis de invalidez que podría extender con un posible control difuso en estos mecanismos de control constitucional. El control difuso y concentrado no es exclusivo del juicio de amparo.

Asimismo, la SCJN retomó la metodología en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*, en tres pasos: interpretación conforme amplia, interpretación conforme estricta e inaplicación de manera incidental.

Este precedente dota a los juzgadores federales en revisores de un control constitucional integral en tres vertientes: i) control de lo planteado en los conceptos de violación, ii) control en temas de suplencia y iii) un control con inaplicación de normas sustantivas o adjetivas que se contienen en ese cúmulo normativo dentro del acto reclamado.

En el análisis de las características del juicio de amparo directo se sostuvo que, si bien los tribunales en materia de amparo carecen de competencia para resolver la controversia originaria, ello no sería impedimento para que no participen en la inaplicación de normas; aunque parecería que infiere en las atribuciones de los tribunales colegiados que comprenden al igual, el seleccionar o elegir las normas que consideren constitucionales de aquellas que no lo son, teniendo entonces la competencia de determinar la inaplicación de estas últimas.

En el amparo indirecto acontecería a conocimiento de los jueces de distrito, pues cuando se trate de normas impugnadas, el control destacado es el amparo contra normas generales y, por lo tanto, todas aquellas normas no impugnadas pero que se encuentran previstas en el acto reclamado, son susceptibles de controlarse de manera difusa, ello y con independencia si se trata de normas sustantivas o procesales.

De ahí que, se advierte como regla general tanto en amparo directo como el indirecto, que en ambos se debe diferenciar la normativa objeto de control al compararse con el parámetro de control de regularidad constitucional, ya sea de forma concentrada o difusa.

En este sentido, al ser los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación competentes para aplicar el control *ex officio* de constitucionalidad de todas aplicables a un caso, siendo éstas no sólo las propias de su competencia como son la Ley de Amparo, el Código Federal de Procedimientos Civiles y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, sino también las que rigieron el proceso natural, sean adjetivas o sustantivas, es que se abandonó el criterio establecido en el amparo directo en revisión 1046/2012, el cual sostiene que los

tribunales colegiados no podían separarse del ámbito de su competencia y sólo podían hacer control respecto de las normas de su ámbito de competencia.

Esta contradicción de tesis arrojó como jurisprudencia la identificada bajo el rubro CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL. CONTENIDO Y ALCANCE DEL DEBER DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN DE REALIZARLO AL CONOCER JUICIOS DE AMPARO DIRECTO E INDIRECTO [ABANDONO DE LAS TESIS AISLADAS P. IX/2015 (10a.) Y P. X/2015 (10a.)].³³⁶

Lo que resulta más relevante de esta contradicción de tesis muy novedosa y que supera un criterio que prevalecía de 2015, esto es, que en siete años se revirtió en ciento ochenta grados la postura del Pleno de la Corte, son las consideraciones que hace respecto de ciertos valores y principios del sistema jurídico, que se estimaban de valor absoluto y que por virtud de esta contradicción de tesis, se afirma que no lo son, frente a la protección de derechos humanos.

Así respecto a la seguridad jurídica, a partir del párrafo 207, se expone que si bien la seguridad jurídica, deviene del principio de certeza jurídica que debe privar en la actuación de los jueces, de la que se habló capítulos anteriores, se estima que no es un valor absoluto, se dice por el contrario, que es un valor eminentemente adjetivo e instrumental, en donde lo valioso no es que se puedan prever las consecuencias jurídicas de los actos o hechos jurídicos, sino que su valor subsiste en la medida que sirve para respetar los otros valores fundamentales, que son los derechos humanos. Que la seguridad jurídica no puede ser invocada para restringir el alcance del control *ex officio* que pueden hacer los órganos jurisdiccionales de valor concentrado o se usa como argumento para violar derechos humanos, así que se puede derrotar cuando con su uso, se vislumbre la violación a derechos humanos.

³³⁶ Tesis P./J. 2/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Libro 10, Tomo I, febrero de 2022, p. 7.

Sin embargo, reconoce que cuando se trata de la última instancia que resuelve la revisión de amparo, “en todo caso, sería una razón para excluir la posibilidad de realizar control constitucional *ex officio* sólo en las resoluciones terminales del juicio de amparo, pero no de las que admitan un recurso anterior”³³⁷

Sin embargo, dicho criterio no quedó incorporado en los resolutivos, por lo cual no tiene efecto vinculante, ni tampoco incorporado en la tesis aislada que se generó, pero sería lo adecuado, porque cuando se habla de la instancia de revisión de amparo, que ya no admite un recurso para impugnar, el que los Tribunales de control concentrado hagan control *ex officio* de normas que regularon el proceso natural, pueden dejar en estado de indefensión a las partes y arribar a conclusiones injustas, aunque sean formalmente válidas.

Esta preocupación quisieron salvarla aplicando por identidad de razón los artículos 64, párrafo segundo y 73, párrafo segundo de la Ley de Amparo, en el sentido de que, cuando se trate de la instancia de revisión de amparo, que ya no admite un recurso ulterior, se debe publicar el proyecto de la resolución, para que las partes manifiesten lo que a su derecho convenga, lo cual tampoco conlleva a ningún fin práctico, puesto que las manifestaciones no tendrán un efecto vinculante, será como una manera de tratar de paliar el efecto negativo que puede conllevar la resolución por la que se determine la inconstitucionalidad o inaplicación de normas sustantivas o adjetivas que regularon el juicio natural, pero contra ello ya no tendrán mucho que hacer las partes, pues se trata de la sentencia que alcanzará la fuerza de cosa juzgada.

En el mismo sentido se argumenta respecto de figuras como la preclusión y la cosa juzgada, a las que también estima como figuras instrumentales del derecho adjetivo que pueden ser derrotadas derivado de un control *ex officio* que hagan los órganos de control concentrado.

³³⁷ Sentencia de la Contradicción de Tesis 351/2014 resuelta por el Pleno de la SCJN el 28 de septiembre de 2021, párrafo 225.

Respecto de la preclusión se dice que es un derecho de las partes, más no una atribución del juzgador y la forma en como dicen hacen compatible el que se pueda derrotar la preclusión, se basa en el hecho de que todas las autoridades, incluyendo los órganos de control concentrado, están obligados a evitar violaciones a los derechos humanos, de tal manera que si durante el análisis del caso concreto, se aplicó la figura de la preclusión pero para el órgano jurisdiccional se estima que ello implicó una violación a un derecho humano, se debe inaplicar la disposición con la que se activó dicha figura, y resolver de fondo.

Respecto de la cosa juzgada no se hace un mayor análisis. Solo en tres párrafos que comprenden del 243 al 246 se ciñen a decir que lo mismo sucede con la cosa juzgada, que aún y cuando ésta haya podido operar, si está en análisis de un órgano jurisdiccional es porque el asunto de fondo está *sub judice* y por lo tanto habilita a los órganos de control concentrado a poder derrotarla, en aras de proteger los derechos humanos.

Estas conclusiones nos parecen preocupantes por varias razones. La primera y más importante es porque el juicio de amparo, que es la figura idónea a través de la cual los órganos de control concentrado podrían hacer control *ex officio* de normas sustantivas o adjetivas que privaron en el juicio natural, no es una tercera instancia, sino un juicio autónomo que justamente tiene por objeto revisar la legalidad de las resoluciones jurisdiccionales y en su caso, de la constitucionalidad de las mismas, cuando detecten que en efecto hay un problema al respecto.

Incluso cuando el tema de constitucionalidad pueda un criterio de importancia o trascendencia, a juicio de la SCJN (lo cual queda en un ámbito de absoluta discrecionalidad, puesto que no hay criterios objetivos al respecto), conforme al artículo 81 de la Ley de Amparo, las salas de la SCJN pueden atraer el asunto.

Luego entonces, el que se permita a los órganos de control concentrado vía juicio de amparo, pronunciarse de fondo de las normas sustantivas o adjetivas que regularon el juicio natural, incluso derrotando la cosa juzgada, la preclusión o el

principio (valor) de seguridad jurídica, sin ser la vocación de los tribunales de constitucionalidad, parece sumamente delicado.

Por otra parte, aunque esta sentencia lo niega esto atenta contra el principio de federalismo judicial, pues desconoce por completo la competencia de los Tribunales locales y reinstala el control concentrado, anulando por completo el control difuso previsto en el artículo 1º y 133 constitucionales.

Adicionalmente, mediante un ejercicio de interpretación, legisla, pues en la Ley de Amparo, no fue voluntad del legislador prever que como resultado del control *ex officio*, cuando se trate de sentencias de revisión de amparo, que podríamos decir “es la última instancia”, se deba publicar el proyecto de la sentencia y dar posibilidad a las partes a que argumenten lo que a su derecho convenga.

Esto es así porque nunca ha sido voluntad del legislador, habilitar a los tribunales de control concentrado a que apliquen directamente normas que regularon el juicio natural, sino por el contrario, respetar las jerarquías y competencias de cada instancia, de tal forma que los tribunales de control concentrado, al detectar una posible violación de derechos humanos, derivado de un ejercicio de control *ex officio*, deben amparar para efectos de que sea el juez natural el que, bajo ciertos lineamientos, pero con libertad de jurisdicción, determine lo que en derecho corresponda.

Así que se denota un exceso por parte del Tribunal pleno mediante esta contradicción de tesis y es completamente contraria al estándar interamericano que, si bien ha señalado que todas las autoridades deben hacer control *ex officio*, reconoce que lo realizarán en su ámbito de competencia y conforme a las reglas y procedimientos previstos en su legislación interna.

IV.3. Nuevas reglas del control de constitucionalidad, derivadas de las jurisprudencias y tesis en análisis

IV.3.1. Respecto a la sospecha de inconstitucionalidad para hacer control *ex officio*

La jurisprudencia mexicana no se puede aplicar de manera aislada criterio a criterio, sino que debe hacerse de manera armónica y sistemática con el conjunto de demás disposiciones del sistema jurídico nacional, para que su conclusión sea coherente.

En este sentido, si la SCJN al resolver la contradicción de tesis 293/2011 y el Expediente Varios 1396/2011 determinó que nuestra Constitución, junto con todas las restricciones a derechos fundamentales que prevé, es la norma superior, incluso por encima de tratados internacionales y precedentes de la Corte IDH, dejando por supuesto de lado los principios de “*la protección más amplia*” y “*pro persona*”, ¿hasta dónde puede el juzgador sospechar que una norma no cumple con el parámetro de constitucionalidad?

La visión original de la SCJN al resolver el Expediente Varios 912/2010, si bien sólo daba peso orientador a las resoluciones de la Corte IDH, no menos cierto es que asumió que todos los jueces de este país debían hacer control difuso y procurar la protección más amplia en materia de derechos humanos.

Sin embargo, dicha visión ha sido totalmente modificada, por consecuencia, la sospecha de inconstitucionalidad que debe existir como requisito para que haya lugar a hacer control *ex officio*, queda muy acotada y de esta manera, en casos como el arraigo, por más que haya senda literatura interamericana que ejemplifique cómo se violan derechos humanos con su aplicación, nuestro juzgador nacional debe volverse ciego ante una situación así, ignorar por completo dicha literatura y determinar que una decisión como arraigar a una persona, es sencillamente constitucional, omitiendo cualquier valoración sobre la inconvencionalidad.

IV.3.2. Sistema Federal, distribución de competencias entre niveles de gobierno y entre tipo de tribunales.

En el sistema federal de estado coexisten tanto órganos de gobierno propios de cada una de las entidades federativas -poderes locales-, como órganos de gobierno del todo -poderes federales- con sus respectivas competencias y funciones previamente asignadas y determinadas por la propia Constitución.

González Schmal señala que se otorga al gobierno central o federal, competencia exclusiva para las cuestiones que afectan los intereses generales del país y a los gobiernos de los estados el conocimiento de las relaciones privadas de los habitantes.³³⁸

En este sentido, al implicar el federalismo una coexistencia entre órganos o poderes de dos ámbitos: el federal y el local, así como una distribución de competencias entre uno y otros, existen órganos de carácter legislativo, ejecutivo y jurisdiccional -tribunales- en ambos ámbitos, por lo que, en el presente estudio, se acotará en el Poder Judicial.

En este sentido, Sergio García Ramírez para referirse a nivel federal y local, lo denomina como “macro-justicia” y “micro-justicia”³³⁹. La primera se entiende como aquella que atañe a los sujetos políticos y dentro de la que se discute la división de competencias, los resultados electorales o la distribución correcta de los recursos públicos; mientras que la “micro-justicia” es la que afecta a los ciudadanos, es decir, se trata de los pequeños o grandes conflictos judiciales que enfrentan cotidianamente los habitantes de México, ya sea contra otros particulares o contra las autoridades.³⁴⁰

³³⁸ Cfr. González Schmal, Raúl, *Programa de Derecho Constitucional*, 2ª ed., México, Universidad Iberoamericana-Limusa, 2007, p. 98.

³³⁹ García Ramírez, Sergio, *Poder Judicial y Ministerio Público*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 15 y 16.

³⁴⁰ Valadés, Diego (coord.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos, El nuevo papel del poder judicial y la transición a la democracia en México*; México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 10.

En este sentido, en México existe una dualidad en materia jurisdiccional, por un lado, los tribunales del ámbito federal y por el otro los tribunales locales cada uno de ellos con sus respectivas competencias asignadas, y en teoría con una relación de independencia en el ámbito de su función de jurisdicción ordinaria y control de legalidad.

La competencia de los órganos jurisdiccionales puede dividirse en lo que es propiamente la competencia de jurisdicción ordinaria o de simple legalidad, es decir, la resolución de conflictos con aplicación de las leyes ordinarias y la llamada jurisdicción constitucional o de control de la constitucionalidad, ahora también convencionalidad, con lo que se busca lograr la aplicación plena de la Constitución y el apego de normas generales, actos y prácticas a todo lo que ella dispone.

Es así que, mientras que el Poder Judicial de la Federación, es responsable, entre otras cuestiones, de resolver las controversias que surjan entre particulares cuando se trate de asuntos de competencia federal; intervenir en las controversias que se susciten cuando una ley o acto de autoridad viole garantías individuales, y resolver conflictos entre autoridades; por su parte, el Poder judicial local tienen a su cargo la administración de justicia dentro de la circunscripción territorial de cada una de ellas.

IV.3.3. Respecto a la competencia de los jueces.

Como se expuso en el apartado III de esta investigación, la jurisprudencia emitida por la Corte IDH si bien prescribe que todos los jueces nacionales deben llevar a cabo el control de convencionalidad, no menos cierto es que lo acota a que dicho control lo hagan “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”³⁴¹. Esto quiere decir que le reconoce a cada Estado parte de la Convención el derecho de determinar cuáles de sus jueces nacionales serán quienes tengan competencia para ejercer dicho control, en respeto al régimen

³⁴¹ *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú*, op. cit., nota 242, párrafo 128.

de gobierno que cada Estado parte tenga, ya sea federal o central, así como las competencias por materia o por tipo de tribunal.

Sobre este aspecto se advierte que el control *ex officio* prescrito por la jurisprudencia internacional y nacional, sí es conveniente que se sujete por una cuestión de orden jurídico interno, a ciertos lineamientos para garantizar la equidad de las partes en un juicio, sea de materia civil, penal, laboral o de cualquiera otra, evitando favorecer a una de ellas.

Bajo dicho presupuesto, independientemente de cuáles hayan sido los hechos que generaron una controversia judicial, los jueces naturales o que conocen el asunto en una primera instancia, deben estar alerta de realizar un análisis de oficio de todas las normas que se invocan en un proceso judicial, velando porque al aplicarlas no se vulneren derechos humanos, pero si por alguna razón omitieron realizar dicho análisis y resuelven con base en normas de su competencia, que pudieran resultar lesivas de derechos humanos, conforme a lo resuelto en el amparo directo en revisión 1046/2012, ya no podría ser analizado por los jueces de amparo y acorde al último criterio adoptado por la SCJN en la contradicción de tesis 351/2014, sí, incluso superando las figuras de preclusión y cosa juzgada.

IV.3.4. Requisitos de Admisibilidad.

La admisibilidad es aquella condición que tiene una solicitud o demanda de ser conocida y decidida por una autoridad, por lo que abarca ciertos requisitos necesarios para dar tramitar a su requerimiento. Para la admisibilidad o procedencia bastará con que se delimite concretamente lo que motiva a incoar el proceso: la disposición, acto, inactividad o vía de hecho que lesiona los derechos o intereses legítimos del demandante y, la entidad pública a la que se imputa.

Asimismo, los tribunales tienen la obligación para resolver los conflictos que se les plantean sin dilaciones y evitando formalismos o interpretaciones que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial, es por ello, que los órganos encargados de administrar justicia, al interpretar los requisitos y las

formalidades procesales legalmente previstos, deben tener presente la razón de la norma para evitar que los formalismos impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto.

Por tanto, los requisitos para admitir los juicios e incidentes en ellos reconocidos, o recursos, son de interpretación estricta para no limitar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, haciendo posible, en lo esencial, el ejercicio de dicho derecho, la interpretación más favorable al ejercicio de ese derecho, sin perderse de vista los presupuestos esenciales de admisibilidad y procedencia de los juicios, incidentes en éstos permitidos o recursos intentados.

Lo anterior, tiene su apoyo en la tesis concerniente a la TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE ADMINISTRAR JUSTICIA, AL INTERPRETAR LOS REQUISITOS Y LAS FORMALIDADES ESTABLECIDOS EN LA LEY PARA LA ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LOS JUICIOS, DEBEN TENER PRESENTE LA RATIO DE LA NORMA PARA EVITAR FORMALISMOS QUE IMPIDAN UN ENJUICIAMIENTO DE FONDO DEL ASUNTO.³⁴²

En este sentido, los jueces deben obviar los parámetros de admisibilidad, para considerar si la petición o el caso puede admitirse antes de entrar al estudio de fondo, de las violaciones y el incumplimiento de las obligaciones convencionales; además de que, debe ser acorde a los requisitos que al efecto establecen las leyes procesales.

³⁴² Tesis 1a. CCXCI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 9, Tomo I, agosto de 2014, p. 536.

IV.3.5. Presupuestos Procesales y Formalidades del Procedimiento.

Los presupuestos procesales en sentido estricto son los relativos a la validez del proceso o la relación jurídico-procesal, y entre ellos pueden mencionarse como los más importantes, los relativos a la competencia del juzgador, al igual que a la capacidad procesal, representación o personería, legitimación e interés jurídico de las partes.³⁴³

Es decir, tales presupuestos son, entre otros: a) que exista un órgano estatal regularmente investido de jurisdicción; b) que este órgano sea objetivamente competente en la causa determinada y subjetivamente capaz de juzgarla y c) que las partes tengan capacidad de serlo.³⁴⁴

En esta tesitura, se puede sistematizar los presupuestos procesales de la siguiente conforme al órgano jurisdiccional: la jurisdicción y competencia objetiva, territorial y funcional; así como, a las partes: la capacidad para ser parte y de actuación procesal, la postulación procesal, la capacidad de conducción procesal.

A partir de los presupuestos procesales permiten establecer los requisitos de admisibilidad y las condiciones previas para la sustanciación de toda la relación procesal, es por ello, que uno de los presupuestos es que las partes, ya sea, que acrediten su interés jurídico o a través de autoridad que actúe en representación - de menores de edad o víctimas-, accionen la intervención del juez en un proceso.

La autoridad judicial está obligada al estudio de los presupuestos procesales, dado que las características que inciden en torno a estos así lo determinan, en la medida en que sin estar colmados no podría constituirse y desarrollarse con validez y eficacia jurídica un procedimiento de carácter jurisdiccional, menos aún, concluir con una sentencia que resolviera el mérito de lo debatido por los interesados, imponiendo condena o absolviendo al demandado, o bien, mediante la declaración

³⁴³ Fix-Zamudio, Héctor, *Presupuestos procesales*, Nuevo diccionario jurídico mexicano, México, UNAM-Porrúa, 2001, p. 3002.

³⁴⁴ Pesci Feltri, Mario, *Presupuestos procesales y requisitos constitutivos de la acción en el proceso de amparo*, Revista de Derecho Público, núm. 50, abril-junio de 1992, p. 35.

de la existencia de un derecho o la constitución de un Estado de derecho, según fuera el caso.

Asimismo, dada la oficiosidad en relación con el estudio de su plena satisfacción, resulta incuestionable que la apreciación de tales exigencias a cargo de la autoridad jurisdiccional está justificada, sin importar el grado con que ejerza su competencia, ya que constituye una obligación de ineludible satisfacción, cuyo incumplimiento, por su trascendencia, se constituye en una infracción legal que incide en menoscabo de las partes contendientes, al facilitar la resolución de un juicio mediante el pronunciamiento de una sentencia que se ocupe del fondo de lo discutido, cuando no existen condiciones para ello o que impiden, precisamente, que este concluya de esa manera.

De ahí que, los presupuestos procesales son indispensables para determinar que personas pueden entablar un proceso, cual es la materia sobre la que versará éste y el momento en que debe iniciar.

Ahora bien, lo anterior guarda estrecha relación con las formalidades esenciales del procedimiento, y es de destacar la tesis FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO, que establece aquellas formalidades esenciales del procedimiento que garantizan la defensa adecuada antes del acto de privación y que son las siguientes:

- 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias;
- 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa;
- 3) La oportunidad de alegar; y
- 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.³⁴⁵

³⁴⁵ Tesis P./J. 47/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo II, diciembre de 1995, p. 133.

En este contexto, tales requisitos resultan ser de gran relevancia al establecer las directrices para una adecuada defensa y los cuales se deben respetar en todo momento; pues se entendería que respetando los mismos surgirá una resolución que dirima las cuestiones debatidas; asimismo, se protege a las partes para que tengan una posibilidad efectiva e igual de defender sus puntos de vista y ofrecer pruebas en apoyo de sus pretensiones; en caso contrario al no cumplir con los requisitos referidos se estaría vulnerando el derecho a un debido proceso y en consecuencia existiría la falta de certeza jurídica.

De ahí que previo a evaluar si existe una vulneración al derecho al debido proceso, es necesario identificar la modalidad en la que se ubica el reclamo respectivo.

IV.3.6. Debido proceso y certeza jurídica.

El debido proceso se considera como una conformidad mutua de atacar y defender la postura dentro de un procedimiento, para culminar con un fallo con base en los elementos probatorios y los hechos aportados, siendo ahí en donde comienza la labor del juzgador.

En este orden de ideas, el artículo 8 de la CADH en su párrafo 1 prevé que:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Los requisitos que deben observarse en las instancias procesales para las garantías judiciales son:

- a) El derecho a ser oído.
- b) El derecho a un tribunal independiente, imparcial y competente.

- c) El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.
- d) El derecho a una resolución motivada.³⁴⁶

Lo anterior, son las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial, de ahí que todo juez tiene la obligación de asegurar que los procesos se lleven a cabo con el debido respeto de aquellas garantías judiciales, que sean necesarias para asegurar un juicio justo.

Bajo esta tesitura, conviene señalar que son los jueces de primera instancia son quienes desde un inicio intervienen en el procedimiento, concedores de la litis y que acotan las garantías judiciales, privilegiando la garantía del debido proceso y la de seguridad jurídica.

La garantía de seguridad jurídica debe contener normas que tengan permanencia y que garanticen el equilibrio en las relaciones entre los órganos del Estado y los ciudadanos, uno de sus elementos es la certeza jurídica que representa la existencia de un conocimiento seguro, claro y evidente de las normas jurídicas existentes.³⁴⁷

Es decir, si los jueces no garantizan el debido proceso a las partes, origina que no exista la certeza jurídica respecto a lo resuelto, vulnerando garantías a los gobernados y quienes tendrían que impugnar tal situación, dilatando el procedimiento.

³⁴⁶ Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 12: Debido Proceso*, p. 6.

³⁴⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo II, 2014, p. 671.

IV.3.7. Preclusión y cosa juzgada.

Ahora bien, es de señalar que la falta de ejercicio de los términos judiciales da lugar a la preclusión o ausencia de actividad procesal.

La preclusión constituye uno de los principios que rigen el proceso y se funda en el hecho de que en sus diversas etapas se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiendo el regreso a etapas procesales ya extinguidas, que es la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal que deriva de tres situaciones, que es esencial a la estructura del juicio, que son:

- a) Por no haber observado el orden u oportunidad establecida en la ley para la realización de un acto procesal.
- b) Por haber cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra.
- c) Por haber ejercitado ya una vez, válidamente esa facultad.

Lo que anterior se apoya en la jurisprudencia PRECLUSIÓN. ES UNA FIGURA JURÍDICA QUE EXTINGUE O CONSUMA LA OPORTUNIDAD PROCESAL DE REALIZAR UN ACTO.³⁴⁸

Asimismo, se puede considerar a la preclusión como una sanción que otorga seguridad al desarrollo del procedimiento, pues consiste en la culminación de una facultad procesal, al establecer un límite a la posibilidad de discusión, lo cual coadyuva a que la controversia se solucione en el menor tiempo posible.

No pasa inadvertido que, la Ley de Amparo, atento al principio de preclusión, prevé la promoción de un juicio constitucional por acto que se reclame, ya que, el artículo 61, fracción XI, de la ley citada, dispone que la acción constitucional es improcedente contra normas generales o actos que hayan sido materia de una ejecutoria en otro juicio de amparo, en los términos de la fracción anterior y si bien

³⁴⁸ Tesis 1a./J. 21/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XV, abril de 2002, p. 314.

el desechamiento de una demanda de amparo implica que no se analizó la constitucionalidad del acto reclamado, ello no faculta al quejoso para intentar una nueva acción constitucional contra ese mismo acto, pues de acuerdo con el principio de preclusión que rige su procedencia, ordinariamente no es posible que el quejoso reclame los mismos actos de las mismas autoridades en más de un juicio de amparo.

Por su parte, la cosa juzgada constitucional es el atributo, la calidad o la autoridad de definitividad o firmeza que adquieren las sentencias constitucionales; no constituye propiamente un efecto de la sentencia constitucional, sino una cualidad que pueden adquirir esos efectos; sin embargo, es diferente si se trata de una sentencia constitucional dictada en un sistema difuso o concentrado. La autoridad de cosa juzgada se produce cuando una sentencia definitiva se convierte en firme, esto es, que no existen medios para poder impugnarla o bien transcurrió el plazo para solicitarlo.³⁴⁹

En ese contexto, lo determinante para la actualización de la cosa juzgada es lo sentenciado con anterioridad en un juicio, por lo que carece de importancia cuál procedimiento inició antes, pues lo que debe ser primero en tiempo es la sentencia firme, ya que tal firmeza origina la imposibilidad de resolver sobre lo pedido en el juicio que aún no ha sido resuelto, con independencia de que éste se haya instado antes que aquél, y que por el trámite procesal seguido por uno y otro, haya sido el segundo el que alcanzó antes la sentencia ejecutoria.

Es así como, el Pleno de la SCJN ha señalado en jurisprudencia, que la ejecución íntegra de una sentencia sólo se alcanza en la medida en que la cosa juzgada se instituye en el ordenamiento jurídico como resultado de un juicio regular que ha concluido en todas sus instancias, llegando al punto en que lo decidido ya no es susceptible de discutirse.³⁵⁰

³⁴⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 620.

³⁵⁰ Tesis XI.1o.C.3 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 80, Tomo III, noviembre de 2020, p. 1960.

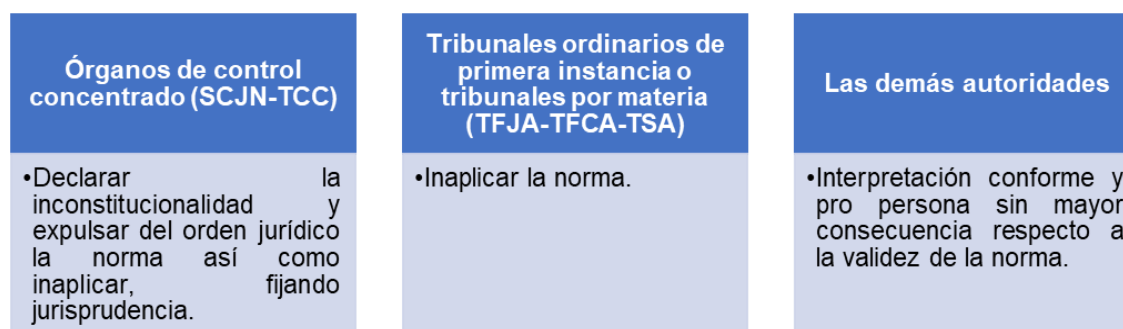
En ocasiones las sentencias de los Tribunales Constitucionales adquieren calidad de cosa juzgada, en la medida en que resultan firmes porque no son impugnables; sin embargo, no debe perderse de vista la posibilidad de que la decisión sea sujeta a revisión ante instancias como la Corte IDH.

Derivado de lo anterior, es que se considera que los temas abordados respecto de reglas procesales con el objeto de tener un debido proceso y certeza jurídica tienen relevancia y deben guiar a los jueces, para que se obtenga justicia en los juicios, pues si bien en México, aún no se cuenta con que todos los jueces cuenten con carrera judicial, si se logre obtener una formación al momento de resolver apegada a dichos parámetros.

Asimismo, se hace hincapié que, al no respetar los requisitos esenciales del procedimiento, conlleva a que no se resuelva contra constancias, pues en su momento se desahogaron pruebas y se formularon alegatos, conociendo el juez de primera instancia; sin embargo, cuando se impugna la resolución, en ocasiones se modifica un requisito procedimental por la litis, lo que origina que se generen resoluciones contradictorias o que se resuelvan en contra de lo que se advierte de las constancias y solo se analicen los dichos de las partes.

IV.3.8. Respeto de los efectos que arroja el realizar el control *ex officio*.

Los efectos se explican en el siguiente esquema³⁵¹:



³⁵¹ Cfr. Sentencia de la Contradicción de Tesis 351/2014, de fecha 28 de septiembre de 2021, Ministra Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, pp. 70 y 71, consultada en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2022-06/UT-J-0930-2021-Informacion.pdf.

En razón de lo anterior, parte de la base de que existen dos vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad que son acordes con un modelo de control de convencionalidad: el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación respecto a las acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto y, el segundo, el control difuso que ha de ejercerse por los jueces ordinarios de primera instancia del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes.

Tal esquema permite ver que ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, van hacia la SCJN para que sea quien determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional, su efecto conlleva a la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o entre las partes y a que no exista como tal.

En el caso de los Tribunales de primera instancia y de materia no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados; sin embargo, sí están obligados a dejar de aplicar las normas dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia, es por ello su efecto es que no hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación.

Y en cuanto a todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no solamente por los derechos humanos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino también por los que se encuentran contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate para lograr su protección más amplia, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona* y su efecto solamente es la interpretación empleando la norma más favorable a las personas sin inaplicación o declaración de inconstitucionalidad.

IV.3.9. Análisis de los criterios alcanzados a nivel nacional

Los casos resueltos por la Corte IDH que fueron ampliamente expuestos en el apartado III de este documento, dentro de sus consideraciones estimaron claramente que la protección a los derechos humanos está por encima de cualquier determinación de carácter interno que puedan asumir los Estados parte. Consecuentemente el control de convencionalidad *ex officio* al que están obligadas todas las autoridades, queda severamente acotada para los jueces, a quienes aplica de forma obligatoria la jurisprudencia de la SCJN y de los Tribunales Colegiados de Circuito.

Sin embargo, a lo largo de diez años el criterio de la SCJN ha variado completamente, pues desde el momento en que determinó que, ante un derecho humano protegido en el ámbito internacional, puede oponerse una restricción prevista en la Constitución nacional, prácticamente dejaba inoperante la aplicación del Derecho Internacional Público.

Dicha visión la extendió no sólo respecto a los tratados y precedentes de la Corte IDH, sino incluso a los fallos en los que México resulte responsable, de tal manera que, si en un fallo se determina que nuestro país es responsable, la posición de la SCJN y de los jueces nacionales será que no ha lugar a adoptar la determinación de la Corte IDH, puesto que existe fundamento constitucional para oponerse (el de la restricción).

Tal posición, aunque pareciera tener una justificación práctica, tiene una grave sospecha de inconvencionalidad, pues en las resoluciones que se emitieron al respecto, no hay mayores argumentos que agoten los estándares interamericanos para para considerar que una restricción es válida. Recordemos tales requisitos:

- a) Que sea necesaria.
- b) Que dure lo estrictamente necesario en lo que se supera el riesgo.

CAPÍTULO V. VERIFICACIÓN DE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES INTERAMERICANOS Y NACIONALES EN CASOS PRÁCTICOS

Una vez que hemos mostrado la evolución jurisprudencial sobre el control de convencionalidad o también llamado control de constitucionalidad *ex officio* y hemos comentado las similitudes y diferencias entre la jurisprudencia interamericana y la nacional, en este capítulo se analizan ocho sentencias dictadas por diferentes órganos jurisdiccionales, como casos prácticos, los cuales fueron seleccionados atendiendo a varios criterios, a saber:

1. La relevancia de tema abordado en el caso;
2. El órgano jurisdiccional que la dictó;
3. La comprobación de que en su contenido se dijo haber hecho control *ex officio* para la protección de derechos humanos y,
4. La importancia de mostrar la conclusión a la que arribó el órgano jurisdiccional, a partir de analizar el parámetro de control de regularidad utilizado, así como la interpretación y argumentación realizada.

Presentados de manera cronológica, para explicar el contenido de cada caso, sobre todo, para facilitar el análisis de la aplicación del control *ex officio*, se utiliza el método deductivo, yendo de lo general a lo particular, bajo los siguientes rubros:

1. Información general del caso.
2. Planteamiento del caso.
3. Variables de la investigación:
 - a) Descripción breve de los agravios o conceptos de violación.
 - b) Derechos fundamentales relevantes.
 - c) Descripción del parámetro de control de regularidad utilizado por el órgano jurisdiccional.
4. Análisis del método de control utilizado y evaluación.

Lo que se pretende demostrar a lo largo de estos ocho casos, es que aún y cuando la jurisprudencia interamericana y la nacional han ido estableciendo los parámetros bajo los cuales los órganos jurisdiccionales deben hacer control *ex*

officio, así como que la jurisprudencia nacional ha señalado la manera en cómo se debe interpretar el marco jurídico mexicano, para que el control *ex officio* alcance el objetivo de proteger los derechos humanos y garantizar la protección más amplia, la tendencia mexicana sigue siendo de control concentrado, salvo honrosas excepciones y se mantienen una visión muy local, fundando las determinaciones en normas constitucionales, incluso ignorando todas las normas que conforman el parámetro de regularidad constitucional (que incluye *corpus iuris interamericano*), lo que no permite una adecuada protección de algunos derechos fundamentales.

Dicho lo anterior, presentamos el análisis práctico de la aplicación del control de convencionalidad.

V.1. Amparo Directo en Revisión 151/2011, relativo al domicilio del centro penitenciario en que los sentenciados deben cumplir su pena.

V.1.1. Información general del caso.

Se trata de una sentencia de amparo en revisión, resuelto por el Pleno de la SCJN el doce de enero de dos mil doce, siendo ponente el Ministro Sergio A. Valls Hernández, con el voto particular del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano y el voto concurrente de la Ministra Olga Sánchez Cordero.

V.1.2. Planteamiento del caso.

Un sentenciado que se encontraba cumpliendo la pena que se le impuso por el delito de evasión de reos en el Centro de Readaptación Social (CEFERSO) de Cieneguillas, en Zacatecas, fue trasladado al Centro Federal de Readaptación Social Número Cinco Oriente, en Veracruz, mediante oficio girado entre autoridades, a pesar de que el penúltimo párrafo del artículo 18 constitucional prevé que los sentenciados podrán cumplir la pena en el centro penitenciario más cercano a su domicilio, salvo cuando se trate de sentenciados por delincuencia organizada o de internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Ante tal circunstancia, se promovió Juicio de Amparo Indirecto del que conoció el Juez Primero de Distrito en el Estado de Zacatecas, haciendo valer doce conceptos de violación, que medularmente consistieron en:

1. Se violaron en su perjuicio los artículo 1º, 4º, cuarto párrafo, 14, segundo párrafo, 16, primer párrafo, 18, penúltimo párrafo, en relación con el 39 constitucionales y los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 26, 29, 62 y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, porque en forma injustificada fue trasladado a un CEFERESO ubicado en otra entidad federativa a la de su domicilio, a pesar de no haber sido sentenciado por delito de delincuencia organizada, ni haberse justificado que requería internación bajo medidas especiales.
2. Que con dicho traslado se le estaba privando del derecho de estar cerca de su domicilio, familia y comunidad lo cual limitaba su derecho a una reinserción social, gozando de un ambiente digno, pero también su derecho fundamental a justicia pronta, expedita y completa, por la dificultad de comunicarse con su defensa; y el derecho a recibir una asesoría directa y personal por parte de su defensor público.
3. Hizo valer discriminación en el trato, puesto que en la orden de traslado se había incluido a otro sentenciado procesado por el mismo delito de evasión de reos, que era el ex Director del Centro de Readaptación Social de Cieneguillas, Zacatecas, a quien se le permitió quedarse en el mismo centro penitenciario y no ser trasladado, sin ninguna justificación.

El Juez de Distrito celebró audiencia constitucional el veintitrés de agosto de dos mil diez y dictó sentencia sobreseyendo y negó el amparo de la justicia federal, basado en las consideraciones siguientes:

1. Que el acto reclamado consistía en la orden de traslado de un Centro de Readaptación a un CEFERESO, por lo cual consideró infundados los conceptos de violación, atendiendo a que según su criterio, la determinación

de un traslado atiende a la necesidad de despresurizar los centros de reclusión en el Estado de Zacatecas y dicha atribución es facultad discrecional de las autoridades que emitieron la orden.

2. No se violaron los derechos de reinserción ni de debida defensa o asesoría que aludió el quejoso, en primer término porque su traslado a otro Centro de Reaptación, es justo para que siga compurgando la pena y no se le limita el derecho ni a la asesoría jurídica, ni a la defensa porque en ese otro CEFERESO, también hay abogados de oficio que se ocupan de la causa.

3. En cuanto haber violado su derecho a compurgar la pena en un centro penitenciario cercano a su domicilio, hizo un análisis del texto del penúltimo párrafo del artículo 18 constitucional y señala que, si bien es cierto que señala que los sentenciados “podrán” compurgar su pena en un centro penitenciario cercano a su domicilio, lo cierto es que dicha previsión constitucional no constituye un derecho del reo, sino una atribución potestativa de las autoridades penitenciarias para que determinen el centro de reclusión de los procesados. Además, es inexacto que los únicos reos excluidos de esa posibilidad, son quienes cometieron delitos de delincuencia organizada o que requieren condiciones especiales de internamiento, puesto que es el Ejecutivo Federal el que cuenta con la facultad de ordenar el centro en el que se ha de compurgar la pena y por lo tanto, el traslado que corresponda, sin necesidad de autorización o consentimiento del reo.

Inconforme con la determinación, el sentenciado promovió Recurso de Revisión, del cual tocó conocer al Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, el cual dictó sentencia el once de febrero de dos mil once, en el que resolvió dejar a salvo la jurisdicción originaria de la SCJN para que, si así lo estimaba procedente, asumiera competencia y para tal efecto, ordenó remitir los autos.

Tal determinación la basó en su considerando cuarto, el que dijo procedía declararse legalmente incompetente, pues consideró que se actualizaba uno de los supuestos que prevé el artículo 84, fracción I, inciso a) de la Ley de Amparo, ya que en la sentencia se hizo una interpretación directa de un precepto constitucional, la cual fue cuestionada mediante el recurso de revisión, por lo que subsistía el problema de constitucionalidad y por ende, debía dejarse a salvo la competencia de la SCJN.

V.1.3. Variables de la investigación.

a) Descripción breve de los agravios.

El quejoso hizo valer diecisiete agravios que fue desarrollando de forma detallada, los cuales consistieron medularmente en:

1. Que el *A quo* afirmó que no se había violado ningún derecho humano del sentenciado, ni tampoco se estaban restringiendo ni suprimiendo el goce de sus garantías, lo cual constituía un argumento dogmático, sin ningún argumento lógico jurídico que explicara cómo había llegado a tal conclusión. Que en su consideración si se habían violado los derechos de igualdad, no discriminación, mayor y mejor readaptación social, la de un ambiente adecuado para su bienestar y la de su familia, el de legalidad y seguridad jurídica; el de defensa adecuada; el de trato digno a la persona, no sólo a la luz de las disposiciones constitucionales, sino haciendo una interpretación armónica y sistemática de los artículo 5, en relación con el 1 y 2, 25 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, todos los cuales forman parte de la Ley Suprema de la Nación, en términos del artículo 133 constitucional, como Corpus Juris del Derecho Internacional de Protección de Derechos Humanos.
2. Que al hacer una interpretación sistemática y teológica de los preceptos citados, se desprendía que ningún condenado a prisión puede ser tratado como cosa o animal, sino con dignidad, por lo cual un traslado de un reo debe

contar con la debida fundamentación y motivación, haciendo las autoridades todo lo posible para que la readaptación social sea de la mayor calidad y eficacia posible.

3. Que la interpretación literal que hizo el *A quo* del artículo 18, penúltimo párrafo fue indebida y alejada del Corpus Juris de los Derechos Humanos, puesto que la palabra “podrá” que se utiliza para referirse a que los sentenciados podrán cumplir la pena impuesta en el centro penitenciario más cercano a su domicilio, es un derecho fundamental de los sentenciados y no una facultad de la autoridad que maneja los centros de reclusión, por lo que toda restricción a un derecho fundamental, sólo puede hacerse válidamente en los términos y condiciones que prevea la Carta Magna, salvo cuando se trate de reos que cumplen pena por delincuencia organizada o porque requieren condiciones especiales de internamiento, supuestos no aplicables al quejoso, puesto que fue sentenciado por el delito de evasión de reos.
4. Que el *A quo* olvidó que tratándose de derechos fundamentales, deben realizarse una interpretación *pro persona*, como lo dispone el dispositivo constitucional, así como una interpretación conforme y no utilizar otros tipos de interpretación, como el literal, en detrimento de los derechos fundamentales del sentenciado.
5. Que respecto a la totalidad de los preceptos constitucionales y convencionales invocados, respecto a algunos de los cuales el juez de distrito consideró que no tenían nada que ver con la litis, como el artículo 3o constitucional, estimó que se debió a que el *A quo* no hizo una interpretación sistemática y teológica de todos los preceptos citados, pues se limitó a analizar cada uno de ellos de forma aislada, en lugar de entender que el derecho a la educación o a un ambiente sano, guardan relación directa con el derecho de readaptación social, en donde los sentenciados deben contar con las condiciones idóneas que les permitan respetar su dignidad humana y privilegien su desarrollo como

es el ser educados, tener cerca a su familia para que pueda visitarlos y todo ello ayude a su mejoría como personas.

b) Derecho fundamental relevante.

El derecho humano de los sentenciados a poder cumplir la pena en un centro penitenciario cercano a su domicilio.

c) Descripción del parámetro de control utilizado por el órgano jurisdiccional.

Para realizar el estudio de los agravios, el órgano jurisdiccional se sirvió hacer un análisis del contexto jurídico existente en el momento del análisis.

Así señaló que si bien, mediante la jurisprudencia 37/2010 emitida el once de marzo de dos mil diez, ese máximo Tribunal se había pronunciado porque todo lo relativo al sistema penitenciario mexicano, correspondía a la materia administrativa, con el voto en contra de los entonces Ministros Luna Ramos, Gudiño Pelayo y Aguilar Morales, no menos cierto es que el diecinueve de junio de dos mil once, había entrado en vigor lo dispuesto en el artículo Quinto Transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio del dos mil ocho; el cual previó:

“Quinto. El nuevo sistema de reinserción previsto en el párrafo segundo del artículo 18, así como el régimen de modificación y duración de penas establecido en el párrafo tercero del artículo 21, entrarán en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin que pueda exceder el plazo de tres años, contados a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.”

De esta manera el modelo penitenciario de reinserción social y judicialización del régimen de modificación y duración de penas, pasó a ser reconocido constitucionalmente como parte de los derechos humanos, de tal manera que los eventos de trascendencia jurídica que durante la ejecución de la pena puedan surgir quedan bajo la supervisión de la autoridad judicial, de la que debe conocer el juez

de amparo penal, lo que implica un cambio fundamental en la vía que de ser administrativa, se transforma en penal.

Expresado lo anterior, entró al estudio de los agravios planteados por el recurrente considerando fundado el consistente en la contradicción en la sentencia del *A quo*, ya que consideró que no se violó el artículo 18, penúltimo párrafo de la Constitución, a pesar de reconocer que se es un derecho del sentenciado el permanecer en un centro penitenciario cercano a su domicilio para compurgar la pena, para lograr su integración a la sociedad, por lo que, al ser un derecho fundamental, sólo puede restringirse válidamente en los términos y condiciones que la Carta Marga establece, como lo prevé el artículo 1º.

Así reiteró la postura de que el Constituyente consagró un nuevo derecho fundamental consistente en que se pueda purgar la pena de prisión en el centro penitenciario cercano a su domicilio y que la palabra “podrán” utilizada por el legislador, en efecto es una potestad dirigida a los sentenciados y no a las autoridades ni legislativas, ni administrativas. Por lo que, aún y cuando el legislador tiene la atribución de establecer el marco legal secundario éste no podrá hacer nugatorio el ejercicio de la prerrogativa sujeta a estudio.

También insistió que el mismo precepto constitucional prevé una restricción a dicho derecho fundamental, que sólo se actualiza en los delitos de delincuencia organizada o cuando el sentenciado requiera condiciones especiales de internamiento, pero como el recurrente había sido sentenciado por el delito de evasión de presos, se determinó revocar la sentencia y otorgar el amparo y protección de la Justicia de la Unión para que de manera lisa y llana, se restituyera al quejoso en el goce de sus derechos constitucionales y se dejaran las cosas en el estado en que se encontraban hasta antes de la existencia del acto reclamado, es decir, que el reo fuera regresado al Centro de Readaptación Social de Cieneguillas Zacatecas.

Es importante resaltar que en esta sentencia hubo un voto particular del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano y un voto concurrente de la Ministra Olga Sánchez Cordero.

El voto particular medularmente difiere en dos aspectos, haber omitido el análisis de la reserva de Ley prevista en el último párrafo del artículo 18 constitucional, en el sentido de que los casos y condiciones para que los sentenciados puedan purgar su pena en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, se regularían en Ley y respecto a no coincidir en estimar como derecho fundamental la potestad que tienen los sentenciados de compurgar su pena en un centro penitenciario cercano a su domicilio.

Respecto a la reserva de Ley, analizó la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados y detectó que no contenía los casos y condiciones señalados en la Constitución, ciñéndose a prever la posibilidad de que entre centros penitenciarios se celebraran convenios de colaboración, por lo que resultó correcto la aplicación directa del texto constitucional.

Sin embargo, difirió de la forma en cómo se interpretó el texto constitucional, ya que desde su perspectiva, no se creó un derecho fundamental para los sentenciados, sino que la palabra “podrá”, como lo señaló el *A quo* se trata de una potestad de las autoridades penitenciarias, ya que si la intención era crear un derecho humano, en vez de usar la palabra “podrá”, el texto habría dicho que las autoridades “deberán” observar el derecho que tienen los sentenciados a purgar su pena en el centro penitenciario más cercano a su domicilio.

Por su parte, el voto concurrente de la Ministra Olga Sánchez Cordero, señaló que, si bien los sentenciados obtuvieron un derecho fundamental a compurgar las penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, éste es un derecho limitado o restringido, en la medida en que así lo prevean las leyes y los convenios que a ese efecto se suscriban. Esto implica, que el otorgamiento de dicha prerrogativa deba otorgarse a los sentenciados de manera incondicional o que aplique para todos los sentenciados, de tal forma que el legislador sí puede

establecer la forma y condiciones en cómo se podrá hacer efectivo dicho derecho humano.

V.1.4. Análisis del parámetro de control utilizado y evaluación.

Sin duda el parámetro de control utilizado en este caso por el Pleno de la SCJN fue de tipo constitucional, omitiendo cualquier referencia a control de convencionalidad, pues no entró al estudio de los tratados internacionales de los que México es parte, relativos al caso. Sólo el Ministro Aguirre Anguiano en su voto particular, hizo referencia al artículo 5º de la CADH, relativo al derecho a la integridad personal, para demostrar que en su contenido no habla del supuesto derecho fundamental, objeto de estudio en la sentencia.

La interpretación utilizada fue histórica, respecto al contenido de la reforma constitucional y literal, respecto a la litis planteada, ciñéndose a argumentar que cómo lo señaló el artículo 18 constitucional, en su penúltimo párrafo, se habría creado un nuevo derecho fundamental. Dicho precepto dispone:

“Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán purgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad”.

Si bien, la sentencia se limitó a analizar uno solo de los diecisiete agravios que hizo valer el recurrente (aunque se sabe que baste con que uno de los agravios sea fundado para que no haya necesidad de entrar al estudio de los demás) y con ello alcanzó un importante precedente, al interpretar que la Constitución reconoció un nuevo derecho fundamental para los sentenciados, lo cierto es que hubiera sido muy apreciable para el foro jurídico, un ejercicio más exhaustivo tanto de interpretación, como de argumentación jurídica para justificar la decisión.

El recurrente fue sumamente detallado en la descripción de sus agravios, insistiendo una y otra vez en la necesidad de hacer una interpretación sistemática y

teleológica no sólo de las disposiciones constitucionales, sino también de fuente internacional, que constituyen un *corpus iuris* de los derechos fundamentales, para justificar porqué consideraba que la disposición contenida en el penúltimo párrafo del artículo 18 constitucional, implicaba el reconocimiento de un derecho fundamental, que no sólo tenía que ver con el domicilio del centro penitenciario en el que pueden los sentenciados cumplir su pena, sino que incluye una serie de derechos adyacentes relativos al respeto a la dignidad humana, que permitan una adecuada reinserción del sentenciado, a través del trato cotidiano con sus familiares y amigos, además de permitirle estabilidad emocional y acceso continuo a una educación, todo lo cual se vería interrumpido si arbitrariamente es cambiado de centro de reclusión, a capricho de las autoridades administrativas.

La SCJN, en cambio, se ciñó por una parte a realizar una exposición histórica relativa a la reforma constitucional en materia penitenciaria y por la otra, a hacer una interpretación literal del nuevo texto.

Respecto del análisis a la reforma constitucional se dijo que se generó un cambio sustancial respecto a la supervisión de los medios utilizados para la reinserción del sentenciado en la sociedad, dentro del cual se comprendía el traslado de los internos, para pasar de competencia de las autoridades administrativas, a las autoridades judiciales. Así, en una nueva reflexión, abandonó los criterios jurisprudenciales que estaban vigentes hasta ese momento, para que toda disposición relativa a la materia de ejecución de sanciones, pasara del ámbito administrativo al penal.

En cuanto al objeto de la litis, se ciñó a declarar de forma dogmática que la posibilidad que tienen los sentenciados de cumplir la pena impuesta en el centro penitenciario más cercano a su domicilio, era un derecho humano, sin explicar cómo alcanzó tal conclusión o cuáles fueron los elementos que tomó en cuenta para tal afirmación. Esta falta de justificación argumentativa generó un voto particular y uno

concurrente, cuestionando justamente la calidad de derecho fundamental, de la litis en cuestión.

Por lo tanto, se concluye que, aún y cuando el recurrente solicitó expresamente al órgano jurisdiccional hacer un control de convencionalidad para demostrar sus agravios, la SCJN no lo hizo, tampoco explicó por qué no veía necesario hacerlo y sólo realizó una interpretación histórico y literal del texto constitucional, por el cual, en virtud de que el recurrente había sido sentenciado por evasión de presos, no se actualizaban los supuestos de delincuencia organizada, ni de medidas especiales de internamiento y ordenó otorgar el amparo liso y llano, por lo que debía realizarse la devolución del sentenciado, al Centro de Readaptación Social de Cieneguillas, Zacatecas.

También se establece que, alejado de sus propios criterios jurisprudenciales, el Pleno de la SCJN tampoco justificó su decisión, precisando que realizaba una interpretación conforme o una interpretación *pro persona*, a pesar que la litis versaba sobre el reconocimiento o no de un derecho fundamental y cómo éste debía interpretarse, favoreciendo la protección más amplia.

Por lo anterior, aunque haya alcanzado dos importantes determinaciones, por una parte, superar su propio criterio y determinar que lo relativo a la ejecución de sanciones penales pasaba del ámbito administrativo, al penal; y por la otra, reconocer como derecho fundamental, la potestad de los sentenciados de cumplir la pena en el centro penitenciario más cercano en su domicilio, no se utilizó ninguno de los métodos de interpretación ordenados por el artículo primero constitucional para justificar su decisión.

V.2. Toca 565/2012 en relación con la inaplicación de la fracción normativa que limita el monto de la indemnización por daño moral.

V.2.1. Información general del caso

Se trata de una sentencia dictada por la Octava Sala del Tribunal Superior de Justicia, signada por los Magistrados Marfa Albarrán Montaña, Manlio Castillo Colmenares y Álvaro Augusto Pérez Juárez, el ocho de junio de dos mil doce, mediante la cual se resolvieron los recursos de apelación interpuestos en contra de la sentencia definitiva dictada el veintiuno de febrero de dos mil doce, por el Juez Trigésimo Segundo Civil del entonces Distrito Federal, en el juicio ordinario civil 275/2010.

V.2.2. Planteamiento del caso.

Una justiciable expuso que el dos de julio de dos mil siete acudió a la fiesta de graduación del Colegio en el que estudió, en el cual, sin su consentimiento, fue fotografiada cuando contemplaba un video que contenía escenas graciosas que habían experimentado durante su estadía en dicha institución escolar, siendo publicada la imagen en un periódico, en la sección de sociales, al día siguiente.

El catorce de enero de dos mil nueve, una de sus amigas le hizo saber que en la exposición de un Museo, estaba exhibida la fotografía donde aparecía ella junto con sus amigas, la cual había sido alterada con elementos adicionales que mostraban vaginas, penes y retretes con estiércol, que fueron exhibidas en la exposición como “símbolos de una sociedad decadente, las muestra como carne sexual y pretende dar la idea de que la actora la mueve el dinero, el sexo, el poder y al mismo tiempo la muestra rodeada de excremento”.³⁵²

Por ese motivo, presentó una demanda por daño moral, en la que exigía una indemnización por diez millones de pesos, la publicación de un extracto de la

³⁵² Sentencia del toca 565/2012, página 5. Versión pública de la sentencia obtenida a través de solicitud de información pública.

sentencia, en el mismo medio donde se publicó la fotografía distorsionada, el pago de daños y perjuicios y el pago de gastos y costas.

El Juez que conoció de la causa en primera instancia, que había procedido la vía ordinaria civil en donde la parte actora había acreditado parcialmente sus pretensiones y el co-enjuiciado sólo justificó su excepción respecto a la improcedencia de los daños y perjuicios alegados por la actora. Por lo tanto, se declaró que el codemandado le causó a la parte actora un daño moral y se le condenó a una reparación mediante una indemnización en dinero en términos de lo previsto en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, no se condenó al pago de daños y perjuicios ni al de gastos y costas.

Inconformes con la sentencia, tanto la actora como el codemandado presentaron recurso de apelación.

V.2.3. Variables de la investigación.

a) Descripción breve de los agravios.

En el recurso de apelación, la actora hizo valer la inaplicación del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, para la fijación del monto de la indemnización, además de insistir en el pago de daños y perjuicios, porque lo sucedido le había orillado a contratar abogados para defenderse.

Por su parte, el codemandado hizo valer la aplicación de la jurisprudencia concerniente a “DAÑO MORAL. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA SU REPARACIÓN”, por la cual se interpretó el alcance y contenido de los artículos 1916 y 1916-BIS, del Código Civil para el Distrito Federal, con base en la cual no se habrían reunido los requisitos para considerar que había procedido la acción de la actora y, por consecuencia, no debían condenarlo al pago de ninguna indemnización.

b) Derecho fundamental relevante.

Derecho al honor y a la vida privada, así como el pago de una indemnización justa, cuando tal derecho se vea afectado.

c) Descripción del parámetro de control utilizado por el órgano jurisdiccional.

En primer término, la Sala hace un análisis de cuál es el ordenamiento aplicable al caso, puesto que como se dijo, el *A quo* basó su análisis y fallo en lo previsto en el artículo 1916 el Código Civil para el Distrito Federal, mientras que la actora hizo valer la aplicación de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

Al efecto se analiza que dicha Ley en cita se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el diecinueve de mayo de dos mil seis, entrando en vigor al día siguiente y conforme a su exposición de motivos, se precisó que dicha Ley se expedía para regular los posibles excesos en el ejercicio del derecho de libertad de expresión, además que su expedición fue anterior a los hechos que se hicieron valer en la demanda, razón por la cual, se debía inaplicar la legislación utilizada por el *A quo* y aplicar la especializada al caso concreto.

Con base en dicha conclusión, se consideró que se acreditaba el daño moral ocasionado a la actora, con base en que el autor de la exposición, no había obtenido la autorización para modificar la fotografía, que si bien había sido publicada en un periódico de circulación nacional, ésta solo mostraba la versión original de los hechos, pero no los elementos que el autor de la exposición le había añadido, los cuales en efecto, denigraban la imagen de la actora y de las otras personas que aparecían en la fotografía, además de que el hecho de que se hubiera publicado en un periódico, no volvía a quienes aparecían en la misma, personas públicas, cuyo umbral de protección en la vida privada, era menor al del resto de las personas, máxime que la distorsión de la fotografía había lesionado gravemente su honor e imagen.

Ahora bien, por cuanto hace a la manera de determinar el monto de la indemnización, en la sentencia se afirma que el artículo 41 de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, que establece un tope máximo al prever que en ningún caso el monto de la indemnización deberá exceder los trescientos cincuenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, no es la norma más protectora y se hace un ejercicio de interpretación, a la luz de las disposiciones de la CADH.

Sobre este aspecto se señala que si bien, en la parte inicial de la sentencia se había hecho un análisis de cuál era la norma sustantiva que debía aplicar al caso, decidiendo que debía ser la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, por ser la norma especial, por encima de la disposición general utilizada por el *A quo*, también se hace un análisis de la inaplicabilidad del artículo 41, por contravenir el principio de norma más favorable a la persona humana.

Citando la reforma al artículo 1º constitucional, que para la fecha de la sentencia, era de reciente expedición, se señala que han detectado hacer una interpretación más favorable y que genere una protección más amplia, apegado la tesis de “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. COMO DEBEN EJERCERLO LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES”, por la cual se determinó que todos los jueces deben hacer un control difuso realizando en principio una interpretación conforme en sentido amplio, por el cual deben verificar que la norma cuestionada se apegue a la Constitución y a los Tratados Internacionales; posteriormente hacer una interpretación conforme en sentido estricto, por virtud del cual, de varias interpretaciones jurídicamente válidas, preferir la que es acorde con los derechos humanos y sólo si ninguna protege tales derechos, entonces decidir inaplicar.

Bajo dicho método se analiza si el artículo 41 la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal se ajusta a la interpretación conforme en sentido amplio, concluyendo que no, puesto que existen disposiciones de carácter internacional que refieren que la indemnización derivada de un daño moral, debe ser acorde con la afectación ocasionada, por lo que al fijar un monto máximo de indemnización, no es posible hacer un cálculo en los términos del estándar interamericano.

Posteriormente al realizar una interpretación conforme en sentido estricto, vislumbran que no existe posibilidad de considerar que todo el artículo 41 se ajusta al estándar interamericano, puesto que conforme a los artículos 1º, 2º, 11 y 13 de la CADH, interpretados de forma sistemática, se encontró que la protección de la honra y de la dignidad, nadie puede ser sujeto de ataques en su honra y reputación, mientras que la libertad de pensamiento y expresión, si bien no debe tener censura previa, sí debe propiciar responsabilidades ulteriores cuando no se respetan los derechos o reputación de los demás.

Con base en ello, en consideración de la sala, el que el artículo 41 contenga un tope máximo de indemnización, no protege realmente a quien sufre de un daño moral causado, por lo que, en su consideración, para fijar el monto, en ejecución de sentencia, se deberá considerar únicamente la primera parte de dicho artículo, inaplicando la porción que establece un tope máximo. De esta manera, para fijar el monto se deberá tomar en cuenta: La mayor o menor divulgación del acto ilícito; las condiciones personales de la víctima y las demás circunstancias del caso.

V.2.4. Análisis del parámetro de control utilizado y evaluación.

Esta sentencia se consideró interesante citarla, por varias razones. La primera porque fue emitida por un Tribunal de Alzada del ámbito local, a quienes corresponde aplicar control *ex officio*, es decir, control difuso que es el objeto de estudio de esta investigación, ya que otras sentencias que son objeto de análisis en este capítulo, provienen de órganos jurisdiccionales de control concentrado, donde

cuentan con plenas facultades para no sólo inaplicar la norma, sino incluso, declarar su inconstitucionalidad o falta de apego al parámetro de control de regularidad.

Cabe mencionar, que el otro motivo que impulsó a presentar este caso, fue la fecha en que fue emitida, unos meses después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de dos mil once, que muestra como los Tribunales locales entendieron muy bien tanto el mandato constitucional, como la interpretación que al efecto hizo la SCJN, en el Expediente Varios 912/2010, tomando muy en serio su papel de guardianes de los derechos humanos y aplicando con las herramientas jurídicas con las que contaban hasta ese momento, para realizar control de convencionalidad.

Es así, que se considera que el ejercicio de control aplicado, fue de tipo convencional, interpretando de forma sistemática disposiciones de la CADH, junto con la jurisprudencia nacional emitida hasta ese entonces, para llegar a la conclusión que, la fracción del artículo 41 de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal que dispone un tope máximo de indemnización, era inconvencional y que por consecuencia, el monto debía fijarse sólo aplicando la primera parte de mismo artículo.

Hubo un esfuerzo de interpretación de las normas internacionales, para garantizar a la actora la protección más amplia, sin necesidad de hacer ponderación de derechos, puesto que el análisis planteado se ciñe a señalar que los elementos a considerar para fijar la indemnización, tendrán que atender a la afectación causada, a las afectaciones causadas a la víctima (actora) y las demás circunstancias del caso, como fue el hecho de que la foto se exhibiera en una exposición de acceso a todo público en un Museo, pudiendo tomar en cuenta las ganancias que obtuvo Museo por la exhibición, el tiempo que ésta duró, la cantidad de gente que acudió, entre varios otros elementos, dejando abierta la posibilidad a

que el monto de indemnización que se fije, pueda ser muy superior al tope máximo previsto en Ley.

V.3. Amparo Directo 32/2012 relativo a la inestabilidad en el empleo de los trabajadores de confianza al servicio del Estado.

V.3.1. Información general del caso.

Se trata de una sentencia de Amparo Directo en Revisión dictada por la Segunda Sala de la SCJN, el doce de junio de dos mil trece, de la cual fue ponente la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, aprobada por unanimidad.

V.3.2. Planteamiento del caso.

Un justiciable presentó demanda de amparo directo contra el laudo dictado el veinticuatro de junio de dos mil once por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje del Estado de Michoacán, el cual fue turnado y admitido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, sin embargo en sesión del veintisiete de febrero de dos mil once, determinó solicitar a la Segunda Sala del Alto Tribunal ejerciera facultad de atracción para conocer del asunto, el cual fue admitido por el Presidente de la Segunda Sala, mediante acuerdo del veintidós de marzo de dos mil doce.

El amparo promovido derivó de la demanda planteada por el justiciable el veintiocho de febrero de dos mil siete, por el que solicitó la reinstalación en su empleo, más el pago de salarios caídos, salarios devengados, vacaciones, prima vacacional, aguinaldo y la inscripción retroactiva al Instituto de Seguridad Social competente, ya que había sido despedido de forma injustificada en su encargo como Asesor de la Secretaría de Gobierno del Estado de Michoacán. Dicha Secretaría, al contestar la demanda, sostuvieron que eran improcedentes e infundadas las reclamaciones, pues el actor era trabajador de confianza, ya que se desempeñaba como Asesor, además de que no fue despedido, sino que se había terminado su contrato de prestación de servicios profesionales por servicios eventuales.

El Tribunal señalado como autoridad responsable, resolvió el veinticinco de septiembre de dos mil nueve, en el sentido de absolver a la demandada de las prestaciones solicitadas, ya que se trataba de una relación laboral mediante contrato de prestación de servicios que se había terminado.

Inconforme el justiciable promovió juicio de amparo del que conoció el segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativas y de Trabajo del Primer Circuito, el cual determinó conceder el amparo para efecto de que se dictara un segundo laudo para que se tomaran en cuenta varias cuestiones. Sin embargo, el Tribunal volvió a emitir laudo absolviendo a la Secretaría de Gobierno, basados en que la relación laboral había terminado porque el contrato se había terminado.

Inconformes tanto el justiciable como el Tribunal responsable, promovieron juicios de amparo, de los que conoció el mismo Tribunal Colegiado, quien nuevamente concedió el amparo, para que se emitiera un nuevo laudo bajo nuevos lineamientos. Así el Tribunal responsable emitió un tercer laudo el veinticuatro de junio de dos mil once, en el que nuevamente absuelve a la demandada de la reinstalación y demás prestaciones solicitadas, ya que el actor, al haber fungido como Asesor, fue trabajador de confianza y no goza del derecho a ser reinstalado., ni a las prestaciones que reclamó.

Para arribar a tal conclusión, el Tribunal responsable determinó que entre el actor y el demandado existía una relación laboral, independientemente del nombre que le hubieran puesto al contrato, ya que se acreditó que existía una relación laboral, pues había subordinación y el pago de un salario periódico, fijo y determinado, además de que cotidianamente el trabajador estaba sujeto a una jornada laboral.

Sin embargo, su función era como trabajador de confianza, ya que era Asesor, actividad que corresponde a las categorías previstas en el artículo 5º, fracción II, inciso h) de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado,

que justamente prevé la función de asesoría o consultoría, únicamente cuando se proporcione a los Secretarios, Subsecretarios, Oficial Mayor, Coordinador General y Director General en las dependencias, situación que se acreditó, por lo que se absolvió a la demandada de la reinstalación, con base en la tesis de jurisprudencia del rubro: “TRABAJADORES DE CONFIANZA. NO GOZAN DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO (ESTATUTO JURÍDICO DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DE LOS PODERES DEL ESTADO, MUNICIPIOS Y ORGANISMOS PÚBLICOS COORDINADOS Y DESCENTRALIZADOS DE CARÁCTER ESTATAL. LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO”;

y de las prestaciones demandadas, toda vez que se acreditó que sí le fueron pagadas, salvo el pago de horas extras.

V.3.3. Variables de la investigación.

a) Descripción breve de los conceptos de violación.

Conforme se expone en el apartado quinto de los antecedentes de la sentencia, el quejoso hizo valer un solo concepto de violación (ya que en el cuerpo de la sentencia se narra como si fuera uno sólo) aunque se desarrolla en cuatro argumentos torales:

1. Solicita que se realice el control de convencionalidad de normas internas a la luz del derecho internacional, ya que la responsable viola en su perjuicio la inobservancia del recurso y derechos humanos, como lo es la estabilidad en el empleo y la seguridad social, que de forma *ex officio* debió realizar.

2. Que se violó el artículo primero constitucional, así como los tratados internacionales al absolver a la demandada de la reinstalación, la seguridad social y el pago de prestaciones, arguyendo que era personal de confianza y que por lo tanto no tiene estabilidad en el empleo, sustentado en normas nacionales como lo son la Ley de los Trabajadores al Servicio del Estado y los Municipios de Michoacán de Ocampo y la Ley Federal del Trabajo, que son normas de rango inferior a los tratados internacionales, aplicando una simple interpretación que transgrede sus

derechos humanos, puesto que no hace una interpretación conforme a la Constitución, los tratados internacionales y favoreciendo la protección más amplia.

3. Que con el Laudo se transgreden normas internacionales como son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos los cuales consagran la dignidad de las personas y los derechos inherentes como ser humano, entre ellos el derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo, así como la seguridad social, sin dejar de lado, que todos somos iguales frente a la Ley, independientemente de la categoría que se tenga como trabajador.

4. Que se debió realizar un control de convencionalidad, atendiendo al principio *pro homine*, que es un criterio hermenéutico, por el cual se debe acudir a la norma más amplia o la interpretación extensiva, cuando se trata de derechos humanos y a la más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

b) Derechos fundamentales relevantes.

Con base en los conceptos de violación señalados, la sentencia objeto de análisis consideró que los derechos humanos que se alegaban violados eran el derecho de “estabilidad en el empleo” o “inamovilidad”, el de seguridad social y el de igualdad.

c) Descripción del parámetro de control utilizado por el órgano jurisdiccional.

La sentencia explica que para dar respuesta a los conceptos de violación hechos valer por el quejoso, la Segunda Sala advirtió como tema de importancia y trascendencia, el aparente trato diferenciado que el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado y las legislaciones burocráticas, dan a los trabajadores de confianza, en cuanto a la carencia de estabilidad en el empleo en

el actual modelo de constitucionalidad y convencionalidad en el régimen jurídico mexicano.

Si bien reconoce que a partir del diez de junio de dos mil once, entraron en vigor las reformas hechas a la Constitución en materia de derechos humanos y se dictó la sentencia del Expediente Varios 912/2010 del catorce de julio de dos mil once, por la cual, en el párrafo 339 se instruyó el control de convencionalidad *ex officio*, de la cual derivaron las Tesis de jurisprudencia relacionadas con los pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos; el parámetro de control de convencionalidad en materia de derechos humanos, y el control de convencionalidad *ex officio* como un modelo de control difuso de constitucionalidad, en la sentencia se afirma que los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, realizando una interpretación conforme, primero en sentido amplio y luego en sentido estricto.

En sentido amplio, dice, debe buscarse aquella interpretación que favorezca en todo tiempo a las personas con la protección más amplia, mientras que, en sentido estricto, debe verificar, que cuando haya varias interpretaciones jurídicamente válidas, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, debe preferirse la que sea acorde con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados.

Con base en la interpretación en sentido estricto, procede a hacer una revisión del texto del artículo 123, apartado B, fracción XIV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto a la estabilidad en el empleo y cita textualmente el contenido de las fracciones IX y XIV del apartado B en el cual se regulan las relaciones laborales entre los trabajadores y quienes se desempeñan en los Poderes de la Unión, los Gobiernos del Distrito y de los Territorios Federales.

Nos permitimos reproducir tales transcripciones para hacer más fácil el entendimiento del parámetro de control utilizado en la sentencia, así como la interpretación y argumentación que se ocupó.

“Artículo 123. ...

B. ...

IX. Los trabajadores sólo podrán ser suspendidos o cesados por causas justificadas, en los términos que fije la ley. En caso de separación injustificada tendrá derecho a optar por la reinstalación en su trabajo o por la indemnización correspondiente, previo al procedimiento legal. En los casos de supresión de plazas, los trabajadores afectados tendrán derecho a que se les otorgue otra equivalente a la suprimida o a la indemnización de ley;

...

XIV. La ley determinará los cargos que serán considerados de confianza. Las personas que los desempeñen disfrutarán de las medidas de protección al salario y gozarán de los beneficios de seguridad social”.

Hecha la transcripción, en la sentencia se hace una interpretación literal del contenido del artículo 123, apartado B, para arribar a la conclusión de que los trabajadores que llama “de base” son los contemplados en la fracción IX, a quienes reconoce el llamado derecho “de estabilidad en el empleo”, mientras que en la fracción XIV se dice, están previstos los trabajadores de confianza, quienes solamente tienen derechos a la protección del salario y los beneficios de seguridad social.

Posteriormente se hace uso del recurso histórico de precedentes, señalando que desde la Quinta Época³⁵³ de la SCJN, ya se hacía una diferencia entre trabajadores de confianza y los de base, y se afirmaba que los primeros tenían una limitación al llamado “estabilidad en el empleo”, la cual se justificaba en razones “políticas y de orden práctico”, como se explica en la tesis: “TRABAJADORES AL

³⁵³ La Quinta Época corrió del primero de junio de 1917 al 30 de junio de 1957.

SERVICIO DEL ESTADO, DE CONFIANZA”.³⁵⁴, misma que se reforzó durante la Séptima Época³⁵⁵ arguyendo que los trabajadores de confianza no están protegidos por el artículo 123 de la Constitución, apartado B; criterio sostenido también en la Octava Época³⁵⁶ que fue justo la que concluyó que los trabajadores de confianza sólo pueden acudir al Tribunal por conflictos que deriven de la protección de su salario y de sus prestaciones del régimen de seguridad social, para finalmente citar el precedente más reciente que data del año dos mil siete bajo el rubro: “TRABAJADORES DE CONFIANZA AL SERVICIO DEL ESTADO. LA LEY REGLAMENTARIA QUE LOS EXCLUYE DE LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS QUE TIENEN LOS TRABAJADORES DE BASE, NO VIOLA EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”³⁵⁷, en cuyo contenido se dice de forma textual que “la exclusión de un derecho no necesariamente debe estar establecida expresamente en la norma constitucional, pues basta atender a los derechos que confirió el Constituyente a los trabajadores de confianza para determinar que, por exclusión, no pueden gozar de los otorgados a los de base”.³⁵⁸

Se afirma que la interpretación que históricamente ha sostenido la Segunda Sala es acorde con el actual modelo de constitucionalidad de derechos humanos, sin realizar una argumentación que explique tal conclusión, pero se sostiene que tal criterio debe confirmarse, por no ser limitativo de derechos, ni genera ningún trato desigual entre trabajadores.

Finalmente utilizando la interpretación teleológica, relacionada con lo el espíritu del legislador, se afirma que la conclusión alcanzada no se estima violatoria de derechos humanos, pues refleja el sentir, pensar e intención del constituyente

³⁵⁴ Tesis Aislada, Registro 366,725, Quinta Época, Cuarta Sala, *Seminario Judicial de la Federación*, Tomo CXXVI, p. 900.

³⁵⁵ La Séptima Época corrió del primero de enero de 1969 al catorce de enero 1988.

³⁵⁶ La Octava Época corrió del quince de enero de 1988 al tres de febrero de 1995.

³⁵⁷ Tesis 2ª./J.205/2007, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVI, noviembre de 2007, p. 206.

³⁵⁸ Sentencia AD 32/2012, Segunda Sala, Ministra Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, p. 41.

permanente, de tal manera que una disposición constitucional no se puede tildar de inconstitucional, ya que constituye una restricción constitucional que encuentra su justificación en la medida que los trabajadores de confianza realizan un papel importante en el ejercicio de la función pública, la cual no puede verse deteriorada “ante la posibilidad de que se reclame un derecho que únicamente está reservado a los de base”³⁵⁹, por lo que “*la remoción libre* (de los trabajadores de confianza) lejos de estar prohibida, se justifica en la medida que constituye la más elemental atribución de los titulares de elegir a su equipo de trabajo”³⁶⁰, de tal manera que “si no fue expresa la intención del constituyente permanente de otorgar a los trabajadores de confianza el derecho a la estabilidad en el empleo... no puede por principio ontológico, contravenir el derecho humano a la estabilidad previsto únicamente para los trabajadores de base.”³⁶¹

De igual manera se cita el artículo 7, inciso d. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como Pacto de San Salvador, el cual reconoce el derecho a la estabilidad en el empleo y, en caso de despido injustificado, el derecho a una indemnización, readmisión en el empleo o bien cualquier otra prestación que prevea la legislación nacional, pero se concluye que dicha disposición internacional no impone a los Estados parte, la obligación de siempre reinstalar a los trabajadores, además de que no puede aplicarse por encima de la Constitución, pues se dice, ésta contiene una restricción constitucional.

Es importante resaltar que esta sentencia que data de junio del año dos mil trece, es anterior a la sentencia de la Contradicción de Tesis 293/2011, dictada el tres de septiembre de dos mil trece y publicada hasta el veinticinco de abril de dos mil catorce, que fue la que resolvió que las restricciones constitucionales están por encima del derecho convencional. Aun así, en su contenido, basó su decisión en

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 52.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 53.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 54.

una supuesta restricción constitucional para los derechos laborales de los trabajadores de confianza.

Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia determina amparar y proteger al quejoso, pero no por una interpretación *pro persona*, ni por haber estimado violados derechos humanos, sino porque consideró que con base en los autos, no pudo corroborar que se trataba de un trabajador de confianza, por lo que ordenó Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje dejar insubsistente el laudo y en su lugar emitir otro en el que se fundara y motivara la calidad jurídica del trabajador y resolviera en consecuencia.

V.3.4. Análisis del parámetro de control utilizado y evaluación.

Como se explicó, la sentencia hizo un análisis de interpretación literal y teleológico del texto constitucional, además de hacer uso de la interpretación histórica de los precedentes, omitiendo una interpretación *pro persona*, a pesar de haber citado normas de fuente internacional.

Si bien pareciera que se arriba a una conclusión favorable, por haber otorgado el amparo y protección de la justicia federal, la interpretación que hace respecto a los derechos de los trabajadores de confianza es restrictiva, que limita al Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje a simplemente verificar, que si se trata de un trabajador de confianza, no tiene derecho a nada, por no contar con estabilidad en el empleo.

Al respecto es importante resaltar que el derecho al trabajo y a la seguridad social tienen un amplio desarrollo en el ámbito internacional que va desde los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta de la OEA; el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo; la interpretación al artículo 26 de la CADH³⁶²;

³⁶² Corte IDH, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2017, párrafos 145 a 158; Corte IDH, *Caso Trabajadores*

los artículos XIV y XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por citar tan sólo algunos fundamentos.

A manera de ejemplo, tan sólo la Declaración de los Derechos del Hombre (como atinadamente citó el quejoso en sus conceptos de violación) en los artículos XIV y XVI disponen:

“Derecho al trabajo y a una justa retribución

Artículo XIV: Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo. Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.

Derecho a la seguridad social

Artículo XVI: Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.”

Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2017, párrafo. 192; Corte IDH, *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 8 de febrero de 2018, párrafo 220 y Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 8 de marzo de 2018, párrafo 100.

Por su parte, el artículo 7, inciso d. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, prevé.

Artículo 7.

Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual los Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: ...

d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista en la legislación nacional”.

Por su parte, el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prevé el derecho humano de igualdad ante la Ley, dispone:

“Artículo 24. Igualdad ante la Ley.

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

Con base en lo anterior, una de las tantas líneas interpretativas que pudo haber abordado la sentencia, es que todas las personas en México, sin ninguna distinción, tienen derecho a trabajar, a contar con condiciones de estabilidad en el empleo y a contar con previsiones de seguridad social, dentro de las cuales se encuentra el derecho a quedar protegido ante la desocupación, lo cual no se traduce en una reinstalación, pero sí a que existan causas justas de despido, a poder defenderse en tribunales y el tener acceso ante el despido, a una indemnización o bien, el acceso a algún seguro de desempleo.

Ahora bien, si la premisa es que los trabajadores de confianza, por las funciones de mando que realizan, no pueden tener un mismo régimen jurídico que el resto de los trabajadores del Estado (a los que la jurisprudencia y la legislación secundaria ha tenido el uso de llamar de base), se debió analizar cómo es que dicha restricción debe legislarse para asumir que se cumple con el estándar internacional, comenzando porque toda restricción debe ser expresa y no deducirla de una interpretación *a contrario sensu*, como se había venido manejando en la jurisprudencia de la Quinta, Séptima, Octava y Novena Época, que sirvió de base para esta sentencia.

La jurisprudencia interamericana, como se comentó de forma detallada en el capítulo anterior, ha sido prolija en desarrollar el concepto de restricción a los derechos humanos, pues desde el artículo 30 de la CADH se dispone:

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Las restricciones que la propia Convención prevé son a los derechos de libertad personal; de conciencia y religión; de pensamiento y libertad de expresión; de reunión; de libertad de asociación, de circulación y residencia, así como a los derechos políticos, de tal manera que no basta con que el juzgador afirme de forma dogmática, que existe una restricción en el texto constitucional, para que se entienda que se está haciendo una debida interpretación apegada al parámetro de regularidad constitucional, sino que existe un estándar reforzado que debe tomar en cuenta, en cumplimiento al artículo primero constitucional.

Así, en la opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 y en algunas sentencias como el *Caso Romero Feris Vs. Argentina*³⁶³ y *Caso Jenkins Vs. Argentina*³⁶⁴, se arriba claramente a la conclusión que un derecho puede ser restringido por los Estados, siempre que 1) no representen injerencias abusivas o arbitrarias a los derechos fundamentales de las personas, para ello, deben estar 2) expresamente prevista en ley, entendiendo la ley tanto en sentido formal como material (es decir, que provenga de un acto legislativo), por lo que no puede surgir de un ejercicio de interpretación o inferencia y, que se cumplan con 3) los requisitos del “test de proporcionalidad” que consisten en que:

- i) el fin de la medida debe ser legítimo;
- ii) idónea para cumplir con el fin que se persigue;
- iii) necesaria; y
- iv) estrictamente proporcional.

Para que se ajuste al estándar interamericano, la decisión de autoridad por la que se determina que se actualiza una restricción a los derechos humanos, debe contener una motivación suficiente que permita evaluar si se cumplen con los requisitos anteriormente señalados.

Por lo tanto, se afirma que los argumentos vertidos en la sentencia, sobre todos los sustentados en las tesis de la Quinta, Séptima, Octava y Novena Época, no sólo resultan contrarios al parámetro de regularidad constitucional, sino que incluso podrían tildarse de arbitrarios, pues no es verdad que la Constitución prevé una restricción expresa, sino que ésta se supone que deriva de una interpretación *a contrario sensu*, considerando que si el Constituyente hubiera querido dar la misma protección laboral a los trabajadores de confianza, que a los que llama de

³⁶³ Corte IDH, *Caso Romero Feris Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019, párrafos 92, 98, 106 y 110, consultable en: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Romero%20Feris%20v.%20Argentina.pdf>

³⁶⁴ Corte IDH, *Caso Jenkins Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019, párrafos 74 a 77, consultable en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/corte_interamericana_de_derechos_humanos_-_sentencia_jenkins.pdf

“base”, así lo hubiera dispuesto expresamente y este razonamiento, no sólo es incorrecto, sino contrario a la jurisprudencia interamericana.

De igual forma, se debería haber hecho un análisis de finalidad legítima, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la supuesta restricción a los derechos de los trabajadores de confianza, que justificara que en efecto, existe tal restricción y cómo ésta, si bien no permite reinstalar a los trabajadores, si les permitiría tener acceso a una indemnización o a algún seguro de desempleo, ante la separación del cargo.

Concluir que los trabajadores de confianza no tienen ningún tipo de derecho al ser separados, se estima verdaderamente violatorio de los derechos humanos. Incluso la conclusión a la que se arriba en la sentencia, de que el artículo 7 del Pacto de San Salvador, no obligaba a garantizar la estabilidad en el empleo, se estima como una interpretación contraria a las obligaciones contraídas por México en dicho tratado.

V.4. Amparo en revisión administrativo 20/2014 relativo al actuario que no debe ser sancionado, por ser una persona con discapacidad.

V.4.1. Información general del caso.

Se trata de una sentencia de amparo en revisión dictada por el Tribunal Colegiado de Circuito Auxiliar de la Séptima Región, con sede en Acapulco Guerrero, en auxilio del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, con residencia en el México, Distrito Federal, ahora Ciudad de México, de fecha diez de abril de dos mil catorce, siendo ponente el Magistrado Amado López Morales, con la aprobación del Magistrado Presidente Gustavo Roque Leyva y el Secretario de Tribunal en Funciones de Magistrado de Circuito Mario Alejandro Torres Pacheco.

V.4.2. Planteamiento del caso

Un justiciable, quien se desempeñaba como actuario en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, resultó sancionado por el Pleno del Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México, mediante resolución del veinticinco de junio de dos mil trece, que a su vez, confirmó la resolución emitida por la Comisión de Disciplina Judicial de fecha diecinueve de marzo de dos mil trece, por haber omitido realizar las anotaciones de las diligencias propias a su cargo en el libro de actuarios, por lo que se le impuso la sanción de amonestación por escrito.

Inconforme con tal resolución promovió juicio de amparo indirecto, del que correspondió conocer al Juzgado Décimo Segundo de Distrito en Materia Administrativa, la cual determinó no amparar ni proteger al quejoso, por los motivos siguientes:

1. Que el quejoso hizo valer que la resolución del Consejo era discriminatoria y violaba su derecho a la igualdad previsto en el artículo 1º Constitucional, al no haber considerado que durante el procedimiento administrativo hizo valer que padecía de una discapacidad del síndrome denominado Guillian-Barré, así como al no haber aplicado el criterio de ayuda técnica que debe proporcionarse a las personas con discapacidad, para generar un estado de igualdad, lo que el Juzgado de Distrito consideró infundado, puesto que con sus argumentos no demostró que el Consejo lo haya discriminado o le haya dado un trato diferente, ni tampoco haya aplicado alguna norma especial para fundamentar su decisión, violando el artículo 1º Constitucional.
2. Que el quejoso hizo valer la violación a los artículos 14 y 16 de la Ley Suprema, basadas en la falta de motivación y fundamentación de la resolución, al no considerar su situación de discapacidad, debiendo hacer valer criterios de ayuda técnica, agravio estimado de inoperante, pues no se aportaron razonamientos lógico-jurídicos que demostraran que la resolución se dictó de forma ilegal, sino que por el contrario, se verificó que la autoridad responsable fundó y motivó su determinación.

3. El Juzgado de Distrito señala que el quejoso hizo expresiones tendentes a atacar lo que desde su punto de vista, debió haber hecho la autoridad responsable, sin aportar elementos que permitan demostrar que tenía la obligación legal de proceder de esa manera, por lo que sus manifestaciones eran inatendibles.

Inconforme con tal determinación, promovió recurso de revisión en contra de la determinación emitida por el Juzgado de Distrito, que se resolvió conforme a lo siguiente:

V.4.3. Variables de la investigación.

a) Descripción breve de los agravios.

1. Se viola la garantía de no discriminación, prevista en el artículo primero Constitucional, toda vez que se le encontró responsable de haber incumplido el artículo 62 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, sin observar la discapacidad funcional que padece y omitió aplicar el criterio de ayuda técnica que debe proporcionarse a las personas con discapacidad para generar un estado de igualdad.
2. Que la interpretación que se hizo del artículo primero constitucional fue incorrecta, pues la interpretación correcta del concepto de igualdad debió implicar dar un trato diferencial a las personas con discapacidad, para generar una igualdad fáctica, toda vez que si la persona tiene una discapacidad funcional se entiende que la misma le impide realizar actos que una persona sin discapacidad realiza en forma habitual y dicho impedimento repercute en el tiempo que tarda una persona en realizar las funciones encomendadas.
3. La inconstitucional aplicación de la Legislación local consistente en la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, atendiendo a los principios que rigen las antinomias jurídicas, ya que la legislación aplicable al caso era la Ley General para la inclusión de personas con Discapacidad,

para que las obligaciones a cargo de los actuarios o de cualquier funcionario público o empleado gubernamental, estén graduadas cuando se trate de una persona con discapacidad, por lo cual, en lugar de imponer una sanción administrativa, deben tomar acciones positivas para equilibrar el estado de desigualdad que padece el quejoso.

b) Derechos fundamentales relevantes.

Derecho de igualdad y de no discriminación.

c) Descripción del parámetro de control utilizado por el órgano jurisdiccional.

Esta sentencia fue la que inspiró la elaboración de la presente investigación, pues como se describe más adelante, su contenido es confuso, sin un método, sobre todo, desvirtúa la litis, por consecuencia, no se pudo verificar la realización de un análisis de control de regularidad que explicara o justificara la conclusión a la que se arribó.

En primer término, determina que los agravios hechos valer por el quejoso son “esencialmente fundados”³⁶⁵, por cumplir con la causa de pedir con base en que:

1. El Juzgado de Distrito analizó el artículo primero constitucional, sin ponderar el estado físico del quejoso en comparación con las personas que no sufren discapacidad, para dictar las medidas apropiadas para el desempeño laboral en un nivel de igualdad entre el quejoso y su compañeros de trabajo, considerando que dejó de observar los alcances del contenido de dicho artículo constitucional, que establece la protección más amplia para el justiciable, atiendo al principio *pro persona*.

³⁶⁵ Expresión utilizada en el contenido de la sentencia ADR 20/2014 del diez de abril de dos mil catorce, emitida por el Tribunal Colegiado del Circuito del Centro Auxiliar de la Séptima Región en auxilio del Segundo Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, con residencia en México, Distrito Federal. p. 25.

2. Que lo manifestado por el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, tampoco cumple con lo previsto en el artículo primero Constitucional, en el sentido de que dentro de sus políticas y prácticas en materia de derechos humanos, hayan fomentado y promovido la igualdad y trato para personas con discapacidad. Que aún cuando el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal contrató al quejoso, ello sólo cumple con una parte del principio de protección constitucional, pero debió brindar las herramientas para que pueda desarrollar su trabajo.

3. Que la determinación del Juzgado de Distrito, en el sentido de que los agravios eran inoperantes, por no atacar con razonamientos lógico-jurídicos la resolución del Consejo de la Judicatura, debían haber atendido el estado físico del quejoso y revisar que solicitó se pidiera su expediente médico para demostrar su discapacidad.

Por lo anterior, ordenó revocar la sentencia recurrida y realizar otra, con base en el estudio de los conceptos de violación:

1. Que se vulneran derechos humanos contenidos en la Constitución y en tratados internacionales, como son las garantías de seguridad y legalidad, consagradas en los artículos 14 y 16 constitucionales, así como el de no discriminación por discapacidad, al establecer un trato diferente para generar igualdad, así como los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, ya que no obstante ser evidente la discapacidad física que padece el quejoso, el Consejo la demerita y deja de lado su existencia, sin considerar que no puede mover su pierna y brazo derecho, que le complica moverse, imposibilita correr y escribir de manera legible, por lo que el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal estaba obligado a atender lo dispuesto en la Ley para la Integración al Desarrollo de las Personas con Discapacidad del Distrito Federal (Ley que no fue invocada por el quejoso).

2. Se debió ordenar se habilitara a alguna de las personas para que le asistiera (al quejoso) en las anotaciones al libro que deben llevar los actuarios y secretarios. Por lo tanto se infringió el principio *pro persona*, el que prevé que todas las normas deben ser interpretadas atendiendo al bien superior de las personas.
3. Que la Constitución prohíbe la discriminación, para que ninguna persona con discapacidad sea discriminada, así como que protege el derecho a la dignidad humana y es un hecho notorio la reforma al artículo primero constitucional. Cita las tesis relativas al control de convencionalidad, para sustentar la aplicación de los artículos 1 a 5 de la Ley General para la Inclusión de Personas con Discapacidad (y no la del Distrito Federal, como había citado en párrafos anteriores), con base en los cuales, las medidas contra la discriminación tienen como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera menos favorable.
4. Que la discapacidad hecha valer se corrobora con el diagnóstico que obra en las pruebas del tomo uno, documental que se valora para reforzar el dicho del recurrente y si bien en dicha constancia dice que no le impiden realizar actividades de acuerdo a su edad, en el diagnóstico no se asentó que los antecedentes del síndrome sufrido, se mantendrían o empeorarían.
5. Que el quejoso pidió girar oficio al Instituto Mexicano del Seguro Social para que entregaran copia de los estudios que le realizaron o bien, ordenen le hagan nuevos estudios, lo que demuestra la buena fe del que pide el amparo.
6. Que con la imagen que se reproduce en la página 47 de la sentencia, relativa a un documento que se aprecia en el legajo de pruebas del expediente natural, se aprecia que la escritura del recurrente es poco legible, lo que prueba el síndrome que padece, por lo que la resolución que le impuso una amonestación por escrito, es contraria a las exigencias del artículo primero

constitucional, pues deja al quejoso en un estado de desigualdad con las personas que no tienen ninguna discapacidad.

7. En esa línea argumentativa, con fundamento en el principio de buena fe de las expresiones de discapacidad que de manera reiterada realizó el quejoso durante el procedimiento disciplinario, admiculada con el certificado médico, con independencia de haber incurrido en lo previsto en el artículo 62 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, debieron brindarle todas las medidas necesarias contra la discriminación, las cuales tienen como finalidad prevenir o corregir que una persona incapaz pueda ser tratada de manera menos favorable a otra que no lo es.
8. Por las razones anotadas se concede la protección de la Justicia de la Unión para el efecto de que los integrantes del Pleno del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal declaren insubsistente la resolución del veinticinco de junio de dos mil trece; dicten otra en la que partiendo de la base de que se trata de una persona con discapacidad, no puede ser sancionado y se le brinden los apoyos necesarios para equiparar su desempeño con el de otras personas que no tiene discapacidad, por lo que se debe ordenar brindar al hoy recurrente, el apoyo humano y material necesario para llevar a cabo de una manera digna su encargo judicial, de forma tal que sus labores se desahoguen con normalidad.

V.4.4. Análisis del parámetro de control utilizado y evaluación.

Como se mencionó al inicio de la exposición de este caso, fue justo ésta sentencia la que inspiró el desarrollo de esta investigación, en primer lugar por el evidente desorden en el método de estudio primero de los agravios hechos valer en el amparo indirecto, luego se resuelve el dejar sin efectos la resolución del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, y luego se analizan los conceptos de violación, modificando sustancialmente la litis del recurso de revisión de amparo, que tiene por objeto verificar si la sentencia dictada por el Juez de Distrito, fue acorde con la

legalidad y constitucionalidad del sistema jurídico, con base en lo que hizo valer el recurrente o no.

Sin embargo, en este caso, el Tribunal Colegiado, asumió jurisdicción para resolver de fondo, haciendo incluso valoraciones de pruebas hechas valer en el expediente principal y, si bien la litis era contra la sanción impuesta por el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, no sólo revoca la determinación, sino que al dar lineamientos de cómo dictar la nueva resolución, afirma que el recurrente no puede ser sancionado, aun cuando se acreditó que incumplió con las obligaciones que tenía como actuario, por el hecho de tener una discapacidad y ordena que le brinden las el “apoyo humano y material necesario” para llevar a cabo de una manera digna su encargo judicial.

Cabe resaltar que en otro momento de la resolución se esbozó la idea de que el apoyo humano consistía en poner a “alguna de las personas”, sin definir cuáles o de dónde, fueran quienes hicieran las anotaciones en el libro de actuarios, algo así como instruir a una “escribana” o “asistente” para que realice su trabajo.

Toda vez que se hace mención a que usa bastón y no puede mover su pierna, no es claro en disponer en qué consistirá el “material necesario” para su labor.

Lo más relevante para efectos de esta investigación, es que si bien en el cuerpo de la sentencia se hace referencia a la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, para no ser discriminadas con base en el artículo primero constitucional, no existe un análisis que cuestione la falta de apego al parámetro de regularidad constitucional ni del artículo 62 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que sirvió de fundamento para la aplicación de una sanción administrativa consistente en una amonestación, ni tampoco se cuestionó la fundamentación y motivación utilizada por el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, ahora Ciudad de México, que justificara el tener que

hacer una interpretación a la luz de los derechos humanos para verificar si éstos se habían violentado o no.

En esta investigación hemos visto que para que una autoridad jurisdiccional esté obligada a control *ex officio*, debe advertir que hubo una violación a derechos humanos, debe realizar una interpretación conforme primero en sentido amplio, que parte de la constitucionalidad de todas las normas; posteriormente en sentido estricto, que implica analizar el caso concreto y haciendo un ejercicio argumentativo, buscar aplicar la Ley, de forma que favorezca a la persona y proteja sus derechos humanos.

Sólo cuando habiendo realizado diversos ejercicios de interpretación conforme, ninguno de ellos permita salvar la validez de la norma como ajustada a los derechos humanos, entonces puede inaplicarla y utilizar cualquier otra disposición del parámetro de regularidad constitucional, interpretando *pro persona* y procurando la protección más amplia.

Pero cada uno de estos pasos deben estar debidamente razonados y argumentados por el órgano jurisdiccional, ya que su análisis será de convencionalidad-constitucionalidad difusa y debe ajustarse tanto al estándar interamericano, como al constitucional.

Sin embargo, en esta sentencia, ni siquiera se puso en entredicho la constitucionalidad del artículo 62 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que fue el que sirvió de fundamento para la resolución señalada como acto reclamado, ni tampoco se revisó la fundamentación y motivación hecha valer por la autoridad señalada como responsable (Consejo de la Judicatura del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal), que permitiera determinar una solución coherente a la litis planteada, que en opinión de quien suscribe, debiera haber estado relacionado con la legalidad y constitucionalidad de la sanción impuesta.

Sin embargo, en la sentencia de amparo en revisión, tomando como base las manifestaciones hechas valer por el recurrente, que dicho sea de paso, no fueron hechas valer en el juicio natural, puesto nunca invocó la aplicación de la Ley General para la Inclusión de Personas con Discapacidad y por consecuencia, no formaban parte de las constancias de autos; se hizo el análisis de la documental consistente en la constancia médica que señalaba que tuvo un padecimiento médico que, con base en su contenido, decía que no le incapacitaba para realizar la función de actuario. Sin embargo, el Tribunal Colegiado no sólo la citó, la valoró y la desahogó como prueba base de su decisión, modificando la litis, de tal manera, que no sólo revocó la resolución del Consejo, sino que en los parámetros para que se dictara la nueva resolución, ordenó que no se podía sancionar al quejoso, a pesar de que en el cuerpo de la sentencia se dijo que se acreditó que incumplió con las obligaciones del artículo 62 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, pero que como se trataba de una persona con discapacidad, no se le podía sancionar y además, se debían dictar medidas de apoyo material y humano para que pudiera realizar la función de actuario.

Con base en ello, es que para los efectos de esta investigación, se considera que dicha sentencia no sólo carece de estructura y coherencia, cuya interpretación es totalmente ajena a la jurisprudencia interamericana y mexicana del control *ex officio*, sino que se considera que en su conclusión se excedió de la litis que le fue planteada y muy lejos de ser justa para las partes involucradas, propició un mal precedente de impunidad.

Esto se afirma porque no se encontró en la sentencia, ninguna ponderación de derechos que justificara porqué se estimaba que era más importante proteger el derecho de un servidor público con discapacidad, que el derecho de la ciudadanía a que la impartición de justicia se pronta, para lo cual, los funcionarios judiciales deben cumplir con las funciones asignadas en los plazos de Ley.

Luego entonces, se estima que la forma en cómo se abordó el estudio de la resolución tildada de ilegal e inconstitucionalidad, fue incorrecta.

V.5. Amparo en revisión 337/2017 respecto a que las expropiaciones deben basarse en el valor comercial y no en el catastral.

V.5.1. Información general del caso.

Se trata de una sentencia dictada por la Primera Sala de la SCJN, de fecha siete de marzo de dos mil dieciocho, siendo ponente el Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, aprobada por unanimidad.

V.5.2. Planteamiento del caso.

Un justiciable a quien se le expropió un terreno en el año de mil novecientos noventa y ocho, promovió un primer amparo contra el Decreto Expropiatorio emitido por el Gobernador Constitucional del Estado de Tamaulipas, en virtud de que una fracción del terreno que era de su propiedad, aunque no fue señalado en el decreto expropiatorio, fue ocupado por las autoridades. Fue así que, en un primer juicio de amparo Indirecto, se otorgó el amparo y protección de la justicia federal, para que se le otorgara la garantía de audiencia previa, sin perjuicio de que se dictara el acto privativo de expropiación.

Dicha sentencia fue recurrida, de la que tocó conocer al Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, el cual modificó la sentencia recurrida, para que la garantía de audiencia que había pedido el quejoso, se otorgara en el trámite del expediente de expropiación.

Por lo tanto, en cumplimiento a dicha ejecutoria, se dictó un nuevo acuerdo de expropiación el veintiséis de mayo de dos mil trece, por parte del Gobernador Constitucional del Estado de Tamaulipas, por el cual dejó sin efectos el decreto de

mil novecientos noventa y ocho, únicamente por lo que respecta a la porción del terreno afectado, y se concedió garantía de audiencia al recurrente.

El dos de diciembre de dos mil trece, se hizo la Declaratoria de Utilidad Pública, la cual se notificó al justiciable para que manifestara lo que a su derecho conviniera. Dicha persona compareció el veintisiete de diciembre de dos mil trece a hacer diversas manifestaciones en relación con el monto de la indemnización, haciendo valer que le deberían otorgar un pago por daños y perjuicios por el uso del terreno y sus frutos civiles producidos durante todos los años que el Gobierno del Estado ocupó la fracción del terreno que no había sido expropiada, así como para que el monto de la indemnización fuera acorde con el artículo 1110 del Tratado de Libre Comercio con América del Norte y no sobre valor catastral.

Sin embargo, el seis de marzo de dos mil catorce, se publicó el segundo acuerdo expropiatorio, señalando el pago de la indemnización a valor catastral.

Contra dicho decreto, el justiciable presentó un segundo juicio de amparo, impugnando la referencia del valor catastral, conforme a los conceptos de violación que se mencionan más adelante.

Es importante mencionar que el Tribunal Colegiado al que tocó conocer de esta segunda revisión, reservó jurisdicción al Alto Tribunal para que se pronunciara respecto de la regularidad constitucional de los artículos 9, 12 y 26 de la Ley de Expropiación, Ocupación Temporal o Limitación de Dominio para el Estado de Tamaulipas y de la fijación del alcance del derecho humano a una indemnización justa, previsto en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

V.5.3. Variables de la investigación.

a) Descripción breve de los agravios.

El justiciable hace valer que la determinación del *a quo* violenta los artículos 14, 16, 27, 73, fracción X, 89, fracción I y 133 de la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos, en relación con los artículos 1110 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 8.1 y 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el 16 y 17 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tamaulipas.

De igual manera hace valer que los artículos 9, 12 y 26 de la Ley de Expropiación, Ocupación Temporal o Limitación de Dominio para el Estado de Tamaulipas, son violatorios de las garantías de audiencia, legalidad, seguridad jurídica y debido proceso, además de que resulta inconstitucional pues no concede la garantía de audiencia previo al acto expropiatorio, puesto que sólo lo prevé respecto de la declaratoria de utilidad pública, pero por no permitir dicha audiencia previa, no existe mecanismo para que el afectado pueda oponerse al valor asignado para la indemnización, ya que tampoco prevé procedimiento preciso y claro para fijar el valor.

Alega que la indemnización debe ser previa al acto expropiatorio, pues el artículo 14 constitucional señala que nadie puede ser despojado de sus bienes y posesiones sin previo procedimiento y que lo mismo debe entenderse en materia de expropiación, la que la palabra “mediante” es sinónimo de “previo”. Que la ley debería fijar un plazo máximo para que se pague la indemnización y que la misma debe contenderse en el decreto expropiatorio, partiendo de que durante la *vacatio legis* existente entre la publicación del decreto expropiatorio y su entrada en vigor, es cuando debe ejecutarse el pago.

Por lo tanto, se debe decretar la inconstitucionalidad del artículo 26 de la Ley de Expropiación, Ocupación Temporal o Limitación de Dominio para el Estado de Tamaulipas, al establecer un término posterior al decreto expropiatorio para el pago de la indemnización, así como el haberlo privado de obtener un pago por el uso indebido que hizo el Gobierno del Estado de la porción de terreno que no fue mencionada en el primer decreto expropiatorio.

Que la indemnización debe ser justa, como lo prevé el artículo 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y justo es el valor de mercado,

como se prevé en el artículo 1110 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, por lo que es inaplicable la jurisprudencia emitida por el máximo Tribunal, bajo el rubro: “EXPROPIACIÓN, INDEMINIZACIÓN EN CASO DE” y “EXPROPIACIÓN, POR UTILIDAD PUBLICA, INDEMINIZACIÓN POR LA”, que se expidieron cuando el plazo para cubrir la indemnización era de veinte años, de tal manera que la conclusión de que a un extranjero se le otorga mayor protección, se le puede pagar a valor comercial y a un nacional, conforme al texto constitucional, se le debe pagar a valor catastral.

b) Derecho fundamental relevante.

Derecho a una indemnización por expropiación, a valor comercial, la cual debe pagarse previamente a que se consume el acto de expropiación.

c) Descripción del parámetro de control utilizado por el órgano jurisdiccional.

La Primera Sala hace un análisis del caso, dividiéndolo en cuatro temas: La inconstitucionalidad de la Ley de Expropiación, Ocupación Temporal o Limitación de Dominio para el Estado de Tamaulipas (artículos 9,12 y 26), por no contemplar la garantía de audiencia previa en la valuación del inmueble expropiado; la inconstitucionalidad del artículo 26 del mismo ordenamiento, por vulnerar el principio de inmediatez en cuanto a que el pago debe hacerse de manera simultánea a que se realice la apropiación del inmueble; la inconstitucionalidad del artículo 12 de la misma Ley por determinar que el monto de la indemnización debe ser con base en el valor fiscal, sin tomar en cuenta el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros y omitir lo previsto en el artículo 1110 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y, la incongruencia de la sentencia del *a quo*, puesto que declara inconstitucionales los artículos cuarto y quinto del acuerdo Expropiatorio por no tomar en cuenta en valor justo del predio ocupado, pero no declara la inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ley local referida, que es la que ordena que el precio se fije con base en el valor fiscal.

Para abordar el análisis, la propia sentencia señala la necesidad de realizar un análisis histórico respecto de los distintos documentos constitucionales materia de la expropiación, así como un estudio previo del contexto constitucional y convencional vigente en la materia.

Así, respecto del tratamiento histórico, hace un recuento desde el Decreto Constitucional de la Libertad de la América Mexicana de 1814, que hacía referencia a que ningún individuo debía ser privado de la porción de terreno que posee, sino cuando lo exija la necesidad pública, caso en el que tiene derecho a una justa compensación; el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822, que se refería a una debida indemnización; la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, que se refería al pago de una indemnización fijada por hombres buenos y elegidos por la persona interesada y el gobierno; las Leyes Constitucionales de 1836, que se refería a la previa indemnización a tasación de dos peritos, uno nombrado por el afectado, cuyo monto podía impugnarse ante la SCJN, tiempo en el cual quedaba suspendida la ejecución de la expropiación; la Constitución Política de la República Mexicana de 1857, que refería la previa indemnización; y la Constitución Política de la República Mexicana, texto original de 1917, que hace referencia a la frase “mediante indemnización”.

Así, se hace un estudio de la exposición de motivos del Proyecto de Constitución, así como a los debates de los Constituyentes de 1917, para detectar que si bien, la exposición de motivos sí hacía referencia a que la indemnización debía realizarse de forma previa, durante los debates se aseveró que el derecho de propiedad, no es un derecho absoluto, ya que el territorio pertenece originalmente a la nación y cómo el uso de utilidad pública no puede supeditarse al pago, sobre todo porque los pagos eran a veinte años, tiempo en el cual se podían ir haciendo pago en fracciones, mientras que los asuntos de interés público requieren atención inmediata, por lo cual, era más apropiado referirse al pago “mediante indemnización” y no “previa indemnización”, para garantizar que habría un pago

indemnizatorio, pero su ejecución, no detendría ni sometería la causa de la expropiación que es de interés público.

De igual forma se hace un breve recuento de las veinte reformas que ha sufrido el artículo veintisiete constitucional, para detectar que el mandato constitucional, si bien atiende el valor fiscal, no impide que las entidades federativas concedan mayores derechos o beneficios en la materia.

Para tales fines desarrolla un análisis del texto de las Constituciones de los Estados de Hidalgo, Jalisco y Sinaloa, que prevén el pago de la indemnización a valor catastral, aumentándolo en un diez por ciento.

Posteriormente cita el texto del artículo 10 de la Ley de Expropiación, que prevé que el precio de la indemnización se fijará en el equivalente al valor comercial, en cual no podrá ser inferior al valor fiscal o catastral, así como de los artículos 4º y 5º que prevén tanto el derecho a ser notificados personalmente del decreto de expropiación, así como del avalúo que fije el monto de la indemnización, así como del derecho a controvertir judicialmente el monto de la indemnización y en su caso, exigir el pago de daños y perjuicios.

Con base en todo lo anterior, se concluye que los derechos mínimos establecidos en la Constitución Federal, pueden ser ampliados por el legislador federal y local y que en el caso concreto, no se estima que el artículo 27 constitucional, contenga una restricción o prohibición expresa en lo referente al monto que debe cubrirse por concepto de indemnización, ni en lo que toca al momento del pago, ya que sólo contiene lineamientos mínimos que deben atenderse, que si bien no pueden ser disminuidos si pueden ampliarse en mayor protección o garantía.

Posteriormente, se hace un análisis del artículo 21, numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que hace referencia a una

“indemnización justa” citando a la Corte IDH que ha dicho que por tal, debe entenderse aquélla que tome como referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública y que atienda al justo equilibrio entre interés general y el interés particular. Que basados en la fórmula Hull, atribuida al abogado y premio nobel Cordel Hull, la indemnización debe ser pronta, adecuada y efectiva, pero que el pronto pago no implica que deba ser previo o concomitante a la afectación, pero sí el que se realice en breve tiempo, pues el retraso conllevará el cubrir daños y perjuicios.

De igual forma e analiza que el artículo 27 constitucional sí contiene una previsión expresa respecto a que si el exceso de valor o el demérito que haya tenido la propiedad particular por las mejoras o deterioros ocurridos con posterioridad, será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial o a resolución judicial, situación que se hace extensiva a los casos cuyo valor no esté fijado en las oficinas rentísticas, por lo que no puede interpretarse que dicho artículo contiene una restricción expresa y absoluta que impida ir a juicio pericial y resolución judicial, cuando en términos de un tratado internacional, sea necesario fijar el monto justo de la indemnización o controvertir el monto propuesta por la autoridad responsable.

Por lo tanto, en una interpretación armónica de lo señalado en los artículos 1º y 27 de la Constitución Federal, con respecto al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se concluye que en materia de expropiación, debe prevalecer la noción de indemnización justa prevista convencionalmente, lo cual obliga a tomar como referencia el valor comercial o de mercado del bien expropiado, así como a atender al justo equilibrio entre interés general e interés particular, lo cual permite que el valor asignado pueda ser controvertido y ser sometido a juicio de peritos, y a decisión judicial. En este sentido, declara inconvencional el artículo 12 de la Ley de Expropiación, Ocupación Temporal o Limitación de Dominio para el Estado de Tamaulipas, por lo que debe desaplicarse la previsión de valor fiscal.

Sin embargo, no significa que, de manera obligada, debe concederse al particular afectado, la oportunidad de ser oído de manera previa a que se emita el acto formal de expropiación. La garantía de audiencia se aceptó exclusivamente por cuanto hace a la declaratoria de utilidad pública, pero en materia de expropiaciones, la garantía de audiencia se puede otorgar de forma posterior a la emisión del decreto correspondiente.

Por lo tanto, se otorgó el amparo y protección de justicia federal, sólo respecto del artículo 12 de la Ley de Expropiación, Ocupación Temporal o Limitación de Dominio para el Estado de Tamaulipas, respecto al valor comercial, no así respecto de los artículos 9 y 18 del mismo ordenamiento, respecto al pago previo a los efectos del decreto expropiatorio.

V.5.4. Análisis del parámetro de control utilizado y evaluación.

Esta sentencia es de las más exhaustivas y bien argumentadas en materia de control de regularidad *ex officio*. No sólo hizo un análisis literal e histórico del texto constitucional, sino que atendió al texto normativo interamericano, haciendo una interpretación amplia, favoreciendo la mayor protección posible al quejoso, siendo muy preciso en su interpretación y argumentación, respecto de lo que le favorecía y no lo que no le favorecía de los agravios que hizo valer.

Me pareció de las mejores sentencias, no sólo porque hizo un análisis de interpretación sistemática entre el texto constitucional y la CADH, sino porque la conclusión a la que arribó, está debidamente fundada y motivada, tanto en motivos de interpretación conforme, *pro persona* y de protección más amplia, que son los aplicados al control *ex officio*, sino también en aspectos históricos y teleológicos, para sustentar porqué el pago de una indemnización, derivada de un acto expropiatorio, no puede ser previo ni puede sujetarse el acto expropiatorio al pago, considerando los efectos que tendría respecto del interés público.

Hace un exhaustivo análisis de lo que es una indemnización justa, que es como lo prevé la CADH, atendiendo a que sea pronta, adecuada y efectiva, dotando de contenido cada uno de dichos conceptos, al interpretar e incluso vislumbrar, que si no se está de acuerdo con el monto, se debe hacer una interpretación amplia del contenido del artículo 27 constitucional, para que la impugnación judicial, que implique la intervención de peritos, no sea sólo respecto del exceso del monto o la minusvalía del bien, sino incluso, respecto del propio monto de indemnización, para que exista una vía de defensa para el particular afectado.

Sin duda esta sentencia de la Primera Sala es un magnífico ejercicio de control *ex officio*, que puede servir de referencia, para otros tribunales, respecto a la exhaustividad con la que deben abordar el análisis de los conceptos de violación o agravios, cuando los justiciables hagan vales disposiciones de fuente internacional, dando una adecuada respuesta a cada uno de los planteamientos hechos valer, sobre todo, razonando, interpretando y argumentando debidamente la conclusión alcanzada.

V.6. Contradicción de tesis 200/2020 en relación con que el pago de las pensiones del ISSSTE deben realizarse en UMA's.

V.6.1. Información general del caso.

Se trata de una sentencia por contradicción de tesis entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región en Apoyo al Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, emitida por la Segunda Sala de la SCJN el diecisiete de febrero de dos mil veintiuno, siendo ponente el Ministro Javier Laynez Potisek, aprobada por unanimidad.

V.6.2. Planteamiento del caso.

La pregunta que detona la procedencia de la contradicción es si ¿El monto límite de la pensión jubilatoria debe cuantificarse con base en el salario mínimo o con la Unidad de Medida y Actualización (UMA)?, toda vez que dos Tribunales Colegiados sustentaron criterios distintos como se describe más adelante.

Lo relevante para esta investigación es resaltar el hecho de que si bien al inicio de la creación de la UMA, su valor era idéntico a la del salario mínimo, a medida que han avanzado los años, la diferencia de valor entre una y otro se ha disparado de manera importante, como se muestra en la tabla siguiente, lo que implica que si la pensión es pagada en UMA, en vez de en salario mínimo, el monto que reciben los pensionados es menor a los trabajadores en activo del ISSSTE hasta en 44.33% para dos mil veintidós.

Año	Valor diario del Salario Mínimo	Valor diario de la UMA	% de diferencia
2016	73.04	73.04	0%
2017	80.04	75.49	5.68%
2018	88.36	80.60	8.78%
2019	102.68	84.49	17.71%
2020	123.22	86.88	29.49%
2021	141.70	89.62	40.98%
2022	172.87	96.22	44.33%

V.6.3. Variables de la investigación.

a) Descripción de los criterios contendientes.

Criterios contendientes:

1. “UNIDAD DE MEDIDA Y ACTUALIZACIÓN (UMA). ES APLICABLE PARA CALCULAR EL INCREMENTO DE LAS PENSIONES JUBILATORIAS OTORGADAS POR EL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO, CONFORME A SU LEY VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2001”, sustentado por el Primer Tribunal Colegiado de

Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, con residencia en Xalapa, Veracruz, en apoyo al Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito.³⁶⁶

Para arribar a tal criterio, se tuvo como precedente un juicio laboral en el que se reclamó la nulidad de la resolución negativa ficta que recayó a la solicitud de actualización y regularización en el pago de la pensión jubilatoria otorgada por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores (ISSSTE). La Sala del conocimiento declaró la nulidad de la negativa ficta, pero al analizar los argumentos tendientes a impugnar el pago de diferencias derivadas de la actualización de la pensión, estimó infundado el argumento relativo a que la pensión debía aumentarse conforme al salario mínimo y fundado lo relativo a que no se ha incrementado de manera correcta, toda vez que la actualización de la pensión debía efectuarse conforme al salario mínimo general, pero a partir del veintiocho de enero de dos mil dieciséis, fecha en que se creó la UMA, el cálculo debía ser realizado conforme a ésta.

Por consecuencia, calificó de infundado el argumento de que la UMA, no puede ser aplicable en cuestiones de pensiones, destacando que la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar, no podrá rebasar lo establecido en los artículos 57, segundo párrafo y quinto párrafo del 15 de la Ley del ISSSTE.

Inconforme con la determinación de la Sala promovió juicio de amparo, en cuya ejecutoria, el Tribunal Colegiado sostuvo que era infundado el argumento relativo a que la UMA no puede ni debe ser empleada para cuestiones laborales, de seguridad social y de pensiones.

Señaló que la jubilación es una prestación de seguridad social otorgada por el ISSSTE en favor de los trabajadores que cumplieron los requisitos de Ley y por

³⁶⁶ Tesis (IV Región) 1o.11 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 78, Tomo II, septiembre de 2020, p. 1003.

consecuencia, la pensión acarrea derechos accesorios, entre éstos, el incremento de la propia pensión en términos del artículo 57 de la Ley del ISSSTE.

Sin embargo, para analizar el caso debía considerarse lo previsto en el artículo 26, apartado B de la Constitución Federal, así como los numerales primero y tercero transitorios del Decreto Constitucional por el que se desindexó el salario mínimo, el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintisiete de enero de dos mil dieciséis, así como los diversos artículos 1º a 5º de la Ley de la UMA.

Conforme a tales artículos, el valor de la UMA será utilizada como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia para determinar la cuantía del pago de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, estatales, del Distrito Federal, así como en las disposiciones jurídicas que emanen de todas las anteriores. La actualización de la pensión con base en la UMA se aplica igualmente en créditos, contratos, convenios, garantías, coberturas y otros esquemas financieros u obligaciones a cargo de los gobernados. Por tanto, es ajustada a derecho la determinación de la Sala responsable.

Para alcanzar su conclusión, el Tribunal Colegiado reconoce que es cierto que la exposición de motivos del Decreto por el que se expidió la Ley de la UMA, se previó que la creación de la UMA no significaba que el salario mínimo no pudiera seguir siendo empleado como índice, unidad, base, medida o referencia para fines propios a su naturaleza, como ocurre en el caso de las disposiciones relativas a seguridad social y pensiones, en las que dicho salario se utiliza como índice en la determinación del límite máximo del salario base de cotización; sin embargo, se dijo, tal previsión no quedó plasmado en el texto del artículo 26, apartado B constitucional, por lo que la exposición de motivos no resulta suficiente para considerar que las pensiones deben calcularse en salarios mínimos.

2. "PENSIONES OTORGADAS POR EL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO. LA UNIDAD DE MEDIDA Y ACTUALIZACIÓN (UMA) ES INAPLICABLE PARA FIJAR SU CUOTA DIARIA." Sustentado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.³⁶⁷

Para arribar a tal criterio, se tuvo como precedente un juicio de nulidad que reclamó la resolución negativa ficta recaída a un escrito en el que solicitó la nivelación de la pensión, con base en el tope máximo diario previsto en el artículo 7 del Reglamento para el otorgamiento de pensiones de los trabajadores sujetos al régimen del artículo Décimo Transitorio del Decreto por el que se expide la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores (Ley del ISSSTE).

Sin embargo, la Sala consideró que en la fecha en que se otorgó la pensión, que fue el uno de enero de dos mil diecisiete, el monto máximo de pensión se debe tomar en consideración la Unidad de Medida y Actualización (UMA), que ya estaba vigente. Por lo tanto, declaró la nulidad de la resolución impugnada a efecto de que el ISSSTE precisara entre otros aspectos, cuáles fueron las prestaciones que se tomaron en cuenta para el cálculo de la pensión.

Inconforme, el asegurado promovió juicio de amparo directo del que conoció el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el cual consideró que es ilegal que la Sala responsable aplicara la UMA, a efecto de establecer el tope máximo de su cuota de pensión, siendo que ese indicador no es aplicable para las prestaciones de seguridad social, donde sigue siendo el parámetro de referencia, el salario mínimo.

De esta manera, al aumentar el salario mínimo, no solamente se ajusta la contraprestación que deben recibir los empleados, sino además todos los montos vinculados a ésta, como la pensión.

³⁶⁷ Tesis I.1o.A.212 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 66, Tomo III, mayo de 2019, p. 2709.

Se afirmó que la UMA fue creada para dejar de utilizar el salario mínimo como instrumento de indexación y actualización de los montos de las obligaciones previstas en diverso ordenamiento, permitiendo que los incrementos que se determinen al valor del salario mínimo ya no generen aumentos a todos los rubros que estaban indexados y éste pueda incrementar. El salario mínimo solamente debe ser utilizado atendiendo a su naturaleza, por lo que sigue siendo aplicable como indicador económico relacionado con los aumentos propios de la contraprestación por el trabajo realizado o las prestaciones de seguridad social que surgen del mismo, como las pensiones, cuyo monto máximo se fija con base en este parámetro.

Robustece tal conclusión el hecho de que en la exposición de motivos que dio origen al Decreto por el que se expide la Ley de la UMA, que refiere que dicha medida se podrá utilizar para fines ajenos al salario mínimo. Además el artículo 7 del Reglamento para el otorgamiento de pensiones de los trabajadores sujetos al régimen del artículo Décimo Transitorio del Decreto por el que se expide la Ley del ISSSTE, determina que el monto máximo de la pensión no puede ser mayor al cien por ciento del sueldo básico promedio que recibió el trabajador en el año inmediato anterior a que causó baja y, por otro, limita a un máximo de diez salarios mínimos, para el caso de que ese sueldo promedio sea superior, por lo que la interpretación literal de tal disposición, no deja lugar a dudas de que el indicador de referencia es el salario mínimo.

Por lo tanto, concluye que es fundada la pretensión del quejoso en el sentido de que el Instituto fijó incorrectamente su cuota diaria de pensión, al calcularla sobre UMAS y no sobre salarios mínimos.

b) Derecho humano sujeto a análisis.

Derecho a una pensión justa y la forma de calcular los incrementos.

c) Descripción del parámetro de control utilizado por el órgano jurisdiccional.

La Segunda Sala considera necesario tomar en cuenta tanto el motivo y objetivo establecido por el Constituyente Permanente, así como el texto mismo de la reforma constitucional en materia de desindexación del salario mínimo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintisiete de enero de dos mil dieciséis, por el que se reformaron los artículos 26, apartado B y 123, apartado A, fracción VI, de la Constitución Federal.

Al respecto, señala que “el Poder Constituyente advirtió que la realidad dista mucho de satisfacer ese mandato constitucional, en tanto que el salario mínimo no había sido un instrumento con un solo objetivo, pues no sólo se utilizaba como la mínima remuneración que deben percibir los trabajadores, sino también como unidad de cuenta para indexar ciertos supuestos y montos que incluyen obligaciones diversas como multas, el saldo de créditos a la vivienda otorgados por organismos de fomento, supuestos para elevar un acto jurídico a escritura pública, cuotas y topes de aportaciones al sistema de seguridad social, entre otros”.³⁶⁸

Así, la Segunda Sala estimó que “para permitir la recuperación del salario mínimo y de su poder adquisitivo el Constituyente Permanente estimó necesario eliminar toda función que el salario mínimo cumpliera como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia... era necesario suprimir cualquier elemento ajeno al concepto del salario mínimo que, como un ancla, funcionara para contener, detener y frenar su recuperación e impidiera su real incremento. Así, desindexando el salario mínimo de sus elementos ajenos y creando una nueva unidad de cuenta, dicho salario podría iniciar sin obstáculos su recuperación. Este es el objetivo que debe guiar la solución al problema que ahora se plantea.”³⁶⁹

Una vez que analiza el objetivo y la exposición de motivos de la reforma constitucional en comento, la Segunda Sala expone lo previsto en el artículo 26, apartado B y 123, apartado A, fracción VI, de la Constitución Federal, para

³⁶⁸ Párrafo 47 de la sentencia.

³⁶⁹ Párrafo 50 de la sentencia.

establecer que expresamente “quedaba prohibido que el salario pudiera ser empleado como índice, unidad, base, medida o referencia para fines ajenos a su naturaleza”³⁷⁰, analiza si la fijación del monto máximo o “tope máximo” de la pensión es o no una medida de cuenta o una referencia, que pueda impactar en la recuperación del salario mínimo.

Determina que se tiene “por un lado, que el salario mínimo es un concepto de remuneración mínima para una subsistencia digna, concebido como un derecho constitucional conforme al cual nadie puede ganar por su trabajo una cantidad inferior a éste y, por otro lado, que el monto de la pensión lo constituye el del salario obtenido por el trabajador en el último año en que estuvo activo. En el caso de estas dos premisas no cabe duda que ambas forman parte del ámbito laboral”.³⁷¹

No obstante, enfatiza que “el monto máximo que puede recibir un asegurado una vez calculado el monto de su pensión no tiene relación ni con la definición de lo que es un salario mínimo ni con el citado monto de su pensión y, por tanto, puede concluirse que sí se trata de una medida de referencia y, en consecuencia, le es totalmente aplicable la reforma constitucional en materia de desindexación”³⁷².

“Esta conclusión se reafirma si se tiene en cuenta que, debido a la recuperación progresiva que ha tenido el salario mínimo... el volver a considerarlo como medida para el tope del monto máximo de la pensión, incrementaría en la misma proporción las obligaciones a cargo de los fondos de pensiones del sistema solidario y así sucesivamente aumentando el déficit del sistema con cada incremento... ese elemento ajeno al salario seguramente propiciaría la necesidad, una vez más, de contener o detener la recuperación del salario mínimo”.³⁷³

³⁷⁰ Párrafo 53 de la sentencia.

³⁷¹ Párrafo 69 de la sentencia.

³⁷² Párrafo 70 de la sentencia.

³⁷³ Párrafo 71 de la sentencia.

Así, la Segunda Sala estima que “los aspectos relativos a la cuantificación de las pensiones, entre los que se encuentra el monto máximo previsto en la ley, constituye un aspecto ajeno a la materia de trabajo”, toda vez que ha sostenido de manera reiterada que “el aspecto relativo a la indebida cuantificación de una pensión pertenece a la materia administrativa”.³⁷⁴

En este sentido, el referido órgano jurisdiccional considera que esta conclusión es acorde con lo previsto en el Convenio 102 sobre la Seguridad Social, de la Organización Internacional del Trabajo, que en su artículo 65, incisos 1) y 2), pues establece que si bien las pensiones constituyen un beneficio mínimo de seguridad social que se cuantifica con base en las ganancias básicas que correspondan a la categoría a la que el trabajador pertenecía, confiere libertad de configuración a los Estados parte, en cuanto al establecimiento de un límite al monto máximo de las pensiones.³⁷⁵

Por otra parte, no pasa inadvertido para la Segunda Sala, “el hecho de que podría considerarse que al determinar que el monto máximo de la pensión jubilatoria debe cuantificarse con base en la Unidad de Medida y Actualización, podría generar una afectación en los asegurados en la medida que tendrán acceso a montos pensionarios menores que aquellos que originalmente fueron establecidos en los ordenamientos de seguridad social que contemplaban el límite máximo de las pensiones con base en el equivalente a diez salarios mínimos”.³⁷⁶

Sin embargo, sostiene que ello no es así, “en tanto que como se mencionó con antelación, como consecuencia de la reforma constitucional en materia de desindexación del salario mínimo, todas las referencias que las leyes y sus reglamentos hacían al salario mínimo, se entienden hechas a la Unidad de Medida y Actualización”.³⁷⁷ Asimismo, tampoco podría considerarse que el sustituir el valor

³⁷⁴ Párrafos 72 y 73 de la sentencia.

³⁷⁵ Párrafos 76 y 77 de la sentencia.

³⁷⁶ Párrafo 78 de la sentencia.

³⁷⁷ Párrafo 79 de la sentencia.

del salario mínimo por el de la Unidad de Medida y Actualización impida que los asegurados accedan a pensiones mayores de aquellas que venían recibiendo.³⁷⁸

Finalmente, la Segunda Sala precisa que “aquellos asegurados a los que, con posterioridad a la reforma constitucional en materia de desindexación del salario mínimo, se les otorgó una pensión jubilatoria calculada con base en el monto máximo de diez veces el salario mínimo y no con base en la Unidad de Medida y Actualización, ya sea porque así lo determinó el propio ISSSTE o como consecuencia de una sentencia ejecutoria, se les debe reconocer la existencia de un derecho adquirido y por consecuencia, el criterio jurisprudencial que aquí se sostiene les es inaplicable retroactivamente”.³⁷⁹

Por tanto, debe prevalecer con carácter de jurisprudencia el criterio siguiente: PENSIÓN JUBILATORIA. EL MONTO MÁXIMO PREVISTO EN LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO ABROGADA Y EN EL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO DÉCIMO TRANSITORIO DE LA LEY DEL ISSSTE VIGENTE, DEBE CUANTIFICARSE CON BASE EN EL VALOR DE LA UNIDAD DE MEDIDA Y ACTUALIZACIÓN (UMA) Y NO EN EL SALARIO MÍNIMO.

V.6.4. Análisis del parámetro de control utilizado y evaluación.

La Segunda Sala utilizó una interpretación literal del texto de la Constitución y si bien, citó la exposición de motivos de las iniciativas que dieron origen a la reforma constitucional por la que se desindexó el salario mínimo, pudiendo presumir que utilizó el método de interpretación teleológico, lo cierto es que concluyó que nada de lo que se decía en dichas exposiciones de motivos, había quedado redactado dentro del contenido del texto Constitucional, por lo cual, no lo tomó en cuenta.

³⁷⁸ Párrafo 82 de la sentencia.

³⁷⁹ Párrafo 89 de la sentencia.

De igual manera, si bien citó disposiciones de carácter internacional e incluso las transcribió, específicamente lo relacionado con los artículos 65 y 66 del Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuyo texto es expreso, respecto a que el incremento de las pensiones debe ser, por lo menos igual, al de las personas que sean sostén de familia y del importe de las asignaciones familiares pagadas a una persona protegida que tenga las mismas cargas de familia; la Segunda Sala consideró que dichas disposiciones permiten a cada Estado tener la libertad de configuración, en cuanto al establecimiento al monto máximo de las pensiones, por lo que estimó que tales disposiciones no eran vinculantes.

Las normas internacionales que forman parte del parámetro de regularidad constitucional, relativas al derecho humano a la seguridad social, específicamente respecto a las pensiones de vejez, retiro e incapacidad se encuentran en los artículos 22 y 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 43, inciso b) del Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos; 9 y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 9.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 25, 28, inciso a), 25, 28, inciso a) 65, incisos 3. y 10. y 66, inciso 8 del Convenio 102 sobre la Seguridad Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuyas partes relevantes transcribimos a continuación, para fijar el alcance del estándar internacional y con base en ello, hacer el análisis de este caso.

El artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prevé:

“Toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

El artículo 25.1 del mismo instrumento internacional dispone:

“1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

El numeral XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala:

“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

El inciso b) del Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, dispone:

“Artículo 43. Los Estados Miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realice y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar;”

Los artículos 9 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señalan:

“Artículo 9. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

...

Artículo 11.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”

El artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se refiere a la seguridad social, en su inciso 1 dispone:

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

Los artículos 25, 28, inciso a), 65, incisos 1. y 3. y 66, inciso 1. del Convenio 102 sobre la Seguridad Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), establecen:

“Artículo 25. Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.”

...

“Artículo 28. La prestación consistirá en un pago periódico, calculado en la forma siguiente:

a) cuando la protección comprenda a categorías de asalariados o a categorías de la población económicamente activa, de conformidad con las disposiciones el artículo 65 o con las del artículo 66”.

“Artículo 65. ...

3. Podrá prescribirse un máximo para el monto de la prestación o para las ganancias que se tengan en cuenta en el cálculo de la prestación, a reserva de que este máximo se fije de suerte que las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo queden satisfechas cuando las ganancias anteriores del beneficiario o de su sostén de familia sean inferiores o iguales al salario de un trabajador calificado de sexo masculino.

10. Los montos de los pagos periódicos en curso atribuidos para la vejez, para los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales (a excepción de los que cubran la incapacidad de trabajo), para la invalidez y para la muerte del sostén de familia serán revisados cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida.”

“Artículo 66. ...

8. Los montos de los pagos periódicos en curso atribuidos para la vejez, para los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales (a excepción de los que cubran la incapacidad de trabajo), para la invalidez y para la muerte del sostén de familia serán revisados, a consecuencia de variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida.”

Como se desprende de las transcripciones anteriores, no queda lugar a dudas que las pensiones que reciban los trabajadores, ya sea por vejez, retiro,

incapacidad o muerte (la que reciben sus deudos) deben garantizar un nivel de vida decoroso, digno, que le permita seguir cubriendo sus necesidades, pues la percepción que reciba debe ser similar a la que recibía siendo un trabajador en activo.

Cabe resaltar que para cuando la Segunda Sala resolvió este caso, tomó como montos de referencia los que estaban vigentes en dos mil diecisiete (sin explicar o justificar tal determinación) y no los de dos mil veintiuno, que fue el año que resolvió. Es decir, partió de la base que no había mucha diferencia entre el valor de la UMA y el del salario mínimo, porque para dos mil diecisiete la variación entre una y otro era de apenas 5.68%, lo cual podríamos estimar que se ajusta al estándar internacional, que dispone que la pensión debe ser similar a la de un trabajador en activo y considerando los costos de vida.

Pero para dos mil veintiuno, la diferencia de valor se incrementó de forma importante al 40.98%, es decir, casi la mitad de la cuota diaria del salario mínimo, es lo que vale la UMA y dicha diferencia evidentemente no permite tener un nivel de vida decoroso, ni mucho menos digno o similar al que tiene un trabajador en activo que cotiza en el ISSSTE, lo cual se agrava si partimos de la premisa que en otro precedente, que fue el Amparo en Revisión 2690/2014, la misma Sala resolvió que las pensiones de los trabajadores del Estado se calculan sobre salario base³⁸⁰ y no sobre salario integrado (no consideran como parte del salario, la compensación garantizada).

Por lo tanto, se estima que la interpretación realizada por la Segunda Sala en este caso fue restrictiva y muy limitada, pues sólo tomó en cuenta el texto

³⁸⁰ Resolución de Amparo Directo en Revisión 2690/2014, de fecha diecisiete de septiembre de dos mil catorce, por la que la Segunda Sala resolvió que es constitucional que las pensiones de los trabajadores del Estado se calculen sobre salario base, sin considerar la compensación garantizada, ni tampoco las demás prestaciones que recibía en activo, consultable en: http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/2/2014/10/2_167175_1874.doc.

constitucional, ignorando por completo el estándar internacional que forma parte del parámetro de regularidad constitucional indudablemente.

Además, tomó como referencia razonamientos de tipo económico y actuarial, relacionados con las posibles afectaciones a los fondos de pensiones, cuando su obligación constitucional es proteger los derechos humanos, mediante una interpretación *pro persona* y garantizando la protección más amplia.

Esto está expresamente reconocido por la Segunda Sala en el párrafo 71 de la sentencia, que habla de que incrementar la pensión en la misma proporción que el salario mínimo implicaría “obligaciones a cargo de los fondos de pensiones del sistema solidario”, que a la larga propiciaría detener el crecimiento del salario mínimo nuevamente.

Pero dicha afirmación dista mucho de la debida protección de los derechos humanos de los pensionados, pues en nuestra apreciación, si bien el Estado debe garantizar la salud de las finanzas públicas, esa no es una obligación de un Tribunal, sino de quien tiene a cargo la función administrativa, que es el Ejecutivo.

Es un hecho que el sistema pensionario en México ha sido una preocupación constante de quienes han estado a cargo de la Administración Pública, pues por los pasivos generados en los fondos pensionarios que representaron una presión al gasto público³⁸¹, hubo que ir haciendo ajustes legislativos, que encuentran su respuesta en la reforma a la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social de mil novecientos noventa y siete³⁸² y la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios

³⁸¹ Rodríguez, Silvia y Guzmán, Karen, *Alerta OCDE sobre impacto de pensiones en finanzas públicas*, Periódico Milenio, publicado el 6 de mayo de 2019, consultable en: <https://www.milenio.com/negocios/alerta-ocde-impacto-pensiones-finanzas-publicas>; Rivero, Arturo, *Pago de pensiones presionan finanzas públicas: SHCP*, El Pulso Laboral, publicado el 16 de septiembre de 2021, consultable en: <https://elpulsolaboral.com.mx/seguridad-social-y-salud/26593/pago-de-pensiones-presionan-finanzas-publicas-shcp>, y Ponce, Karla, *Pensiones un riesgo para las finanzas públicas*, Dinero en Imagen, publicado el 10 de septiembre de 2021, Consultable en: <https://www.dineroenimagen.com/economia/pensiones-un-riesgo-para-las-finanzas-publicas/137230>.

³⁸² Decreto por el que se reforma la Ley del Seguro Social, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 1995.

Sociales de dos mil siete³⁸³, ambos con la intención de migrar de un sistema pensionario a cargo del erario, a los sistemas de ahorro para el retiro administrados por las Administradoras de Fondo para el Retiro (AFORES), que medularmente se basan en que la bolsa de dinero que logre juntar el trabajador en sus años activos, será la que sirva para administrar su supervivencia, hipotéticamente hasta su muerte, el cual ha demostrado que tampoco alcanza para garantizar pensiones dignas. Pero eso es materia de otra discusión.

También resulta oportuno señalar que en la sentencia, conforme a la interpretación literal del texto constitucional, la Segunda Sala basó su decisión en dos premisas:

1. Que el cálculo de las pensiones es un asunto de materia administrativa y no laboral; y
2. Que el cálculo de las pensiones es un asunto ajeno al salario mínimo.

Ambas premisas se consideran incorrectas. En primera porque en otra sentencia de la misma Sala, específicamente la dictada en el amparo directo en revisión 2690/2014, a la que ya nos hemos referido, se concluyó que el cálculo de las pensiones se estima de materia laboral, no administrativa, como se afirma en esta sentencia.

Por otra parte, debe decirse que la pensión, no es más que el pago que recibe un trabajador, cuando deja de laborar, al cubrir los requisitos de Ley y es la remuneración de seguridad social que el Estado prevé, para garantizarles una subsistencia digna.

Por lo anterior, es falso que la determinación del cálculo de la pensión y sus incrementos, sean supuestos normativos ajenos a la naturaleza del salario mínimo, pues si el salario es la retribución que recibe todo trabajador por su labor y con base en éste se hace el cálculo de la pensión, pero además, del salario se hacen los descuentos, como aportaciones al régimen de seguridad social, para garantizar el

³⁸³ Decreto por el que se expide la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de marzo de 2007.

pago de las pensiones, es absurdo concluir que el salario mínimo no tiene nada que ver con el monto de las pensiones.

Por todo lo anterior, se estima que la conclusión alcanzada en este caso no se ajusta al marco jurídico constitucional en materia de seguridad social y no se protegieron debidamente los derechos humanos, cumpliendo una interpretación *pro persona*, ni garantizando la protección más amplia.

V.7. Apelación Sala por la que se absuelve de homicidio calificado en razón del parentesco al juzgar con perspectiva de género.

V.7.1. Información general del caso.

Se trata de una sentencia de apelación dictada el diecinueve de mayo de dos mil veintiuno por la Quinta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, siendo ponente la Magistrada Celia Marín Zazaqui, aprobada por unanimidad.

V.7.2. Planteamiento del caso.

El 7 de octubre de 2014 se radicó ante el Juzgado Trigésimo Segundo Penal en el Distrito Federal, ahora Ciudad de México, la averiguación previa, contra una pareja de concubinos por el delito de homicidio doloso calificado, que seguido el proceso en todas sus etapas, propició que el 2 de marzo de 2017, se dictara sentencia definitiva bajo el supuesto del que prive de la vida a un descendiente consanguíneo en línea recta, en hipótesis de ventaja y saña.

Fueron sentenciados al haberlos encontrado culpables de privar de la vida a su hijo de cuatro meses de edad, cuya necropsia arrojó que la causa de la muerte fue un traumatismo craneoencefálico (golpe en la cabeza), además de haber encontrado signos del síndrome del niño maltratado.

En contra de dicha sentencia, presentaron recurso de apelación del que correspondió conocer a la Quinta Sala Penal, la cual dictó sentencia el 16 de mayo

de 2017, determinando la reposición del procedimiento, a partir del auto de formal prisión, para efectos de que:

1. Garantizando el debido proceso de la otra hija menor de edad que tenían, como víctima indirecta, para que se le informaran de las resoluciones del proceso y se le proporcionara toda la información y asesoría necesaria;
2. Se practicarán a la menor víctima, dictámenes en medicina y psicología, para verificar si había alguna afectación derivada de los hechos y del entorno familiar que vivía con los padres;
3. Que el *A quo* informara el lugar en dónde se encontraba la menor víctima, para determinar bajo los cuidados de quien debía quedar la niña, en tanto se resolvía el proceso;
4. Se realizaran los dictámenes faltantes en materia de psicología y medicina y se hiciera junta de peritos y peritajes terceros en discordia;
5. Se ratificara el dictamen de medicina forense realizada por una de los peritos;
y
6. Se realizara dictamen en materia genética para determinar el parentesco del procesado con el menor occiso.

Una vez que se cumplieron con las instrucciones de la Sala, el Juez dio cumplimiento a la ejecutoria el dieciocho de mayo de dos mil diecisiete, ordenando reponer el procedimiento y hasta febrero de dos mil veinte, se dictó nuevamente sentencia definitiva contra la concubina por homicidio calificado en razón del parentesco y contra el concubino, sólo por homicidio calificado.

Nuevamente inconformes con la sentencia, volvieron a promover apelación, respecto de la cual, la sala se pronuncia, conforme a lo señalado en el apartado siguiente.

Cabe resaltar que los hechos ocurrieron una noche en que el bebé llevaba varias horas llorando de hambre y al llegar el concubino a la casa, se desespera de escuchar al bebé llorar, le pide a la concubina que lo calle, porque ni siquiera es su hijo. Al no lograr que se calme el bebé, dieron que lo dejaron llorar por hora y media más y finalmente, deciden taparlo con una sábana, hasta que dejó de llorar y se dieron cuenta que ya no respiraba. Al día siguiente, planean meter el cuerpo en una caja que rellenan de cemento y el concubino entierra la caja en un predio baldío que se encontraba a espaldas de donde vivían.

Posteriormente, la concubina va a levantar un acta al Ministerio Público para señalar que mientras circulaba en la calle, le arrebatan el bebé de los brazos y pide que se hagan las investigaciones. Sin embargo, al hacerle varias preguntas los policías de investigación, comienza a caer en contradicciones y al verse acorralad, confiesa que su concubino golpeó al bebé, privándolo de la vida, que ella no pudo hacer nada, porque al intentar defenderlo, también la golpeó al grado del desmayo y cuando reaccionó, ya estaba fuera de la vivienda, sin poder entrar, escuchando los llantos de su bebé, hasta que dejó de llorar. Cuando por fin le permitió entrar, se dio cuenta que el bebé estaba tapado con una sábana y estaba muerto. Refirió que su pareja era una persona muy agresiva que la golpeaba constantemente, por lo que, ante el temor de que pudiera dañar a su otra hija, que había procreado con la misma persona, a su madre, a su hermana y demás familia, a quienes había amenazado con matarlas, accedió a presentar una denuncia y apoyarlo en que se deshicieran del cuerpo del bebé.

V.7.3. Variables de la investigación.

a) Descripción breve de las determinaciones de la sala, en suplencia de la queja y haciendo control *ex officio*.

La Sala, al analizar la sentencia dictada en cumplimiento de una ejecutoria de apelación anterior, se pronuncia de la siguiente manera:

1. Que procedía reponer el procedimiento, por cuanto hace al concubino, ya que, al realizar un análisis de las constancias, detectaron que había declarado ser de nacionalidad colombiana y que no se le había brindado la asistencia consular correspondiente, en respeto al derecho humano al debido proceso.
2. Que procedía reponer el procedimiento, por cuanto hace al concubino por no haber contado con una defensa adecuada, previsto en el artículo 20, apartado A, fracción IX, último párrafo constitucional, ya que en al menos cinco actuaciones se verificó que se le designó defensor de oficio, sin que el Juez haya agregado al expediente la constancia con la que se cercioro de que en efecto se trataba de licenciados en derecho.
3. También consideró que el derecho a una defensa adecuada por cuanto hace a ofrecer pruebas y que les sean admitidas, previsto en el párrafo segundo del artículo 14 Constitucional (anterior a la reforma de dos mil ocho), establecía el derecho que tiene cualquier persona sujeta a procedimiento de naturaleza jurisdiccional, a que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y una de esas era el de desahogar pruebas. Esto porque detecta que, durante la secuela procesal, en el auto de admisión de pruebas, se reserva la admisión de las relativas a los dictámenes en materia de criminalística de campo, medicina forense, psicología, psiquiatría y fotografía, hasta que se desahogaran las periciales ordenadas en autos, mientras que la ampliación de la declaración de los procesados, se reservaba, una vez que se rindieran en su totalidad las pruebas admitidas. Sin embargo, por la reserva que se hizo, se omitió el pronunciamiento sobre la admisión o no de las pruebas ofrecidas por el enjuiciado, lo cual constituía una violación al debido proceso.
4. Que los efectos de la reposición del procedimiento serían solo para el sentenciado, hasta antes del auto que declaró agotada la instrucción, quedando insubsistente todo lo actuado.

5. Posteriormente hizo un análisis respecto a la obligación constitucional y convencional de juzgar con perspectiva de género, por cuanto hace a la procesada, el cual se explica en el parámetro de control utilizado por el órgano jurisdiccional.

b) Derecho fundamental relevante.

Derecho al debido proceso respecto a la obligación de juzgar con perspectiva de género.

c) Descripción del parámetro de control utilizado por el órgano jurisdiccional.

En lo relativo al parámetro para juzgar con perspectiva de género, la Sala cita la doctrina nacional, que ha sido sustentada por la Primera Sala de la SCJN, en el sentido de que se deben agotar los pasos siguientes:

*“i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visualizar dichas situaciones; iv) de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género”.*³⁸⁴

³⁸⁴ Tesis 1ª/J.22/2016 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, Tomo II, abril de 2016, p. 836, citada en la sentencia de apelación, página 32.

De igual manera aplicando las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, realizada en Brasilia los días cuatro a seis de marzo de dos mil ocho, las cuales señalan que se considera que una persona está en situación de vulnerabilidad, cuando por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por cualquier circunstancia social, económica, étnica y o cultural, encuentra especiales dificultades para ejercitar con plenitud sus derechos.

De igual forma, considera víctima a toda persona que ha sufrido daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica como el sufrimiento moral y el perjuicio económico, destacando entre otras, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar.

Citado lo anterior analiza que la procesada es una mujer joven, mientras que del sentenciado no se tenía la certeza de su edad, ya que obraban diferentes edades en autos; con una instrucción escolar baja, mientras que el sentenciado tenía licenciatura, quien dijo padecer violencia doméstica por parte del sentenciado. Que había declarado que su mejor hijo, el occiso, no fue deseado, que el concubinario siempre le dijo que no era su hijo, situación que se comprobó con la prueba de genética, pero además no tenía un trabajo fijo, pues obtenía ingresos de cargar bolsas de mandado a señoras mayores en el mercado. Así como:

- Que al revisar su declaración inicial, ella señaló que cuando el niño lloraba, ella lo cargó para intentar calmarlo, pero él se lo arrebató, lo puso boca abajo y cuando ella intentó quitárselo, la agarró de la cabeza, la aventó contra la pared y cuando vuelve en sí, ya estaba en el patio y ya no pudo entrar.
- Que de sus declaraciones en la etapa de desahogo de pruebas, la justiciable refirió que siempre hubo violencia contra ella de parte del procesado.
- Que con las declaraciones de las testigos, la hermana de la sentenciada, se dijo que uno días antes de los hechos, vio a su hermana con lesiones en la cara y que al preguntarle qué le había pasado, refirió que le faltaba hierro, pero que

sabían que el concubinario era muy agresivo pues le constaba haber visto como insultaba a la procesada.

- Que, con las declaraciones de uno de los tíos de la procesada, también le constaba la forma violenta en como el concubinario la trataba.
- Que los propios policías que la presentaron declararon que la procesada les dijo que el concubinario era muy agresivo y violento, que él había sido quien golpeó al mejor hijo y le había provocado la muerte y que con el certificado del estado físico que se le practicó a la justiciable el día que fue presentada ante el Ministerio Público se corrobora que llevaba diversas lesiones.

Adicionalmente, tomó en cuenta las pruebas de psicología que arrojaban que la procesada era víctima de violencia doméstica, al igual que las pruebas realizadas a la menor hija víctima indirecta, quien también refirió la violencia doméstica que se vivía en el hogar.

Que las mujeres que viven en contextos de violencia familiar repiten constantemente el ciclo de violencia, al grado de perder el control de la situación de abuso, creen que es imposible escapar, inclusive pudieran hacerlo, lo que se llama síndrome de indefensión aprendida, además de presentar trastornos patológicos, como el de Estrés Postraumático, manifiestan disociaciones afectivas en donde tienen que integrarse a un proceso psicoterapéutico que le permita superar ese rasgo de personalidad.

Por lo tanto, haciendo un análisis de los seis pasos previstos en la jurisprudencia, se arriba a la conclusión de que el Juez omitió tomar en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la procesada, al ser víctima de violencia doméstica, así como hacer una valoración conjunta de las pruebas que existen en el expediente, para demostrar que la procesada no participó en la privación de la vida del menor, sino que por miedo a que tomara represalias contra su otra hija o su familia, aceptó encubrir al concubino respecto a cómo se deshizo del cuerpo y de manifestar ante la autoridad que le habían robado al niño, pero que

finalmente, ante la situación de estrés postraumático que vivió, confesó la verdad y así pudieron dar con el cuerpo del occiso.

Por lo tanto, respecto de la procesada determinó revocar la sentencia y todas sus consecuencias legales, al no encontrarla penalmente responsable del delito de Homicidio Calificado en razón del parentesco, en su hipótesis de ventaja y saña, ni tampoco demostrarse plenamente su coautoría y consecuente responsabilidad penal, por lo que se ordenó su inmediata y absoluta libertad, así como que la menor hija, víctima indirecta, fuera devuelta a su madre para que quedara bajo su cuidado.

V.7.4. Análisis del parámetro de control utilizado y evaluación.

Sin duda una de las sentencias más prolijas que se revisaron para decidir cuáles de ellas serían mostradas en esta investigación, es la que se analiza en este apartado.

El parámetro de control utilizado es literal y sistemático entre normas de fuente constitucional, jurisprudencia nacional, pero también disposiciones de fuente internacional para arribar a la protección más favorable, tanto para el sentenciado varón (concubino) de quien determinó la necesidad de nuevamente reponer el procedimiento, al verificar omisiones tanto en la asistencia consular que se le debía haber dado, por aparentemente tratarse de una persona de nacionalidad colombiana, como porque consideró que el derecho a una debida defensa y asistencia técnica, no se había podido corroborar, ya que el Juez de la causa, no había dejado constancia de que se hubiera cerciorado que los abogados defensores que le asistieron en el proceso, en efecto eran Licenciados en Derecho con Cédula profesional que los acreditara como tales.

Estas determinaciones sin duda garantizan adecuadamente el derecho humano del debido proceso, permitiendo la protección más amplia.

Pero el análisis exhaustivo que hizo, respecto a la obligación constitucional y convencional de juzgar con perspectiva de género, está muy bien estructurada, explicada, argumentada, razonada, que permite a cualquier lector, incluso sin ser abogado, tener por justificada la decisión que toma, al hacer un análisis detallado de la situación de víctima de violencia doméstica en la que vivía la procesada y que por ese temor y situación de sometimiento en el que se encontraba, en primer lugar, no participó del homicidio de su hijo, pero tampoco fue coautora y los hechos posteriores de aparente encubrimiento, obedecieron al mismo temor de daño contra su otra hija y su familia. Ni siquiera contra ella misma.

De igual forma, tomar acciones para poner a salvo a la menor hija, al considerarla víctima indirecta y considerar las manifestaciones que la misma niña hizo, administradas con otras probanzas, permiten demostrar que los Magistrados de Alzada tienen grandes posibilidades de interpretar el derecho de la forma más favorable para los justiciables, que no es necesario arribar a la conclusión de inaplicación de una norma, para estimar que se hizo control *ex officio*, para garantizar la mayor protección a los derechos humanos y que por esa misma razón, lejos de sostener criterios de jurisprudencia, en el sentido de que no es necesario que razonen por qué no hacen control *ex officio*, aunque las partes lo hagan valer, se deberían reforzar los criterios como los emitidos en la 912/2010 que propiciaron el estudio y preparación de los jueces de primera y Magistrados de segunda instancia, que conforme la práctica, algunos de ellos, han sacado magníficas sentencias que verdaderamente protegen los derechos humanos de los justiciables.

Desde la perspectiva de esta investigación, esta sentencia sin duda realiza un magnífico trabajo de control *ex officio* y con toda técnica, arriba a una conclusión protectora de derechos humanos.

V.8. Amparo Directo 9/2021 por la que se determina que los convenios de divorcio que determinen condiciones que vulneren la dignidad humana, son inconstitucionales.

V.8.1. Información general del caso.

Se trata de una sentencia de amparo directo emitida por la Primera Sala de la SCJN de fecha veintinueve de septiembre de dos mil veintiuno, siendo ponente el Ministro Juan Luis González Alcántara y Carrancá, quien a su vez, emitió voto concurrente.

V.8.2. Planteamiento del caso.

Contra la sentencia del cuatro de julio de dos mil diecinueve, dictada en el toca civil de la Primera Sala Colegiada del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León.

El antecedente fue un convenio de divorcio celebrado entre las partes con base en el cual promovieron un juicio de divorcio voluntario que fue radicado ante el Juez Tercero de lo Familiar del Primer Distrito Judicial del Estado de Nuevo León, el cual decretó la disolución del vínculo matrimonial por sentencia del dos de marzo de dos mil siete.

Para dar cumplimiento a dicho convenio se formalizó la donación en escritura pública por la cual, el ex consorte y donante transmitió la nuda propiedad de un inmueble a los mejores hijos y el derecho de usufructo real de dicho inmueble en favor de la ex consorte con las siguientes condiciones:

1. Que estuviera soltera;
2. Que no recibiera visitas masculinas;
3. Que no contrajera matrimonio y,
4. Que lo habitara exclusivamente con compañía de sus menores hijos.

Posteriormente, el nueve de mayo de dos mil trece, el ex consorte promovió incidente para solicitar la custodia de los menores hijos, el cual se resolvió mediante

sentencia interlocutoria el once de mayo de dos mil quince, la cual se determinó en su favor, dejando sin efectos la pensión alimenticia, así como las obligaciones derivadas del convenio aprobado en la sentencia de divorcio.

Después, promovió juicio ordinario civil para la revocación de la donación de la que correspondió conocer al Juez Tercero de lo Civil del Primer Distrito Judicial del Estado de Nuevo León, quien dictó sentencia el veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho en la que se declaró la falta de legitimación activa de la parte actora, por lo que se declaró la improcedencia del juicio. Inconforme presentó recurso de apelación, de la que conoció la Primera Sala Colegiada Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, la cual revocó la sentencia interlocutoria, consideró que la parte actora demostró los elementos constitutivos de la acción de rescisión del contrato de donación y condenó a la demandada al pago de gastos y costas.

Inconforme con dicha decisión, la demandada promovió juicio de amparo directo, del que tocó conocer al Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito, sin embargo, por escrito presentado ante el Alto Tribunal, el veintitrés de noviembre se solicitó a la SCJN que ejerciera facultad de atracción, al estimar de interés y trascendencia el análisis de las donaciones entre consortes, la cual fue aprobada por cuatro votos.

V.8.3. Variables de la investigación.

a) Descripción breve de los conceptos de violación.

Son diez los conceptos de violación hechos valer, que se resumen conforme a lo siguiente:

1. Que la resolución de apelación pasa por alto que la demandada y el tercero interesado ya no eran consortes al momento de celebrar el contrato de donación, por lo que no se actualizan los supuestos señalados en el artículo 233 del Código Civil.

2. Que la formalización del contrato de donación, fue celebrado cuando ya no eran consortes, por lo que no se actualiza la figura de donación entre consortes, y no es aplicable la jurisprudencia que existe al efecto.
3. Que el tercero interesado transmitió la nuda propiedad del inmueble, de tal manera que carece de derechos reales sobre el mismo.
4. Que el tercero interesado en ningún momento se reservó la nuda propiedad, por lo que sólo los adquirentes de la nuda propiedad están en posibilidades de promover alguna acción en contra del usufructuario.
5. Que desde la contestación de demanda se hizo valer la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, en virtud de que la propiedad y la titularidad de los derechos del inmueble corresponde a los hijos de la quejosa.
6. Que si bien la Sala sostuvo que el tercero interesado acreditó el incumplimiento de las condiciones a ella impuestas para el ejercicio del usufructo, mediante medios preparatorios a juicio, éstos no fueron notificados a la quejosa, además de que éstas son inaplicables al usufructo.
7. Que la única forma pactada para rescindir el contrato de donación era la muerte del usufructuario, pues las condiciones del convenio de divorcio, nunca se incluyeron en el contrato de donación y usufructo.
8. Que la Sala nunca entró al estudio del contrato de donación de usufructo.
9. Que es evidente la desigualdad económica, familiar y patrimonial que existe entre el tercero interesado y la quejosa, de las que no hizo valoración la Sala responsable, como tampoco advirtió la violación a los derechos humanos de la quejosa.
10. Que la Sala responsable fue omisa en abordar el estudio del asunto con perspectiva de género, a pesar de estar obligada a salvaguardar los derechos humanos de la mujer.

b) Derecho fundamental relevante.

Derecho al libre desarrollo de la personalidad, intimidad, libre autodeterminación y derecho a ejercer una vida libre de violencia.

c) Descripción del parámetro de control utilizado por el órgano jurisdiccional.

La Primera Sala utiliza el parámetro literal y sistemático respecto de disposiciones constitucionales y de la propia jurisprudencia nacional, sobre todo que obliga a juzgar con perspectiva de género, propiciando una interpretación *pro persona* y garantizando la protección más amplia.

Así, respecto al concepto de violación relativo a la falta de legitimación activa del tercero interesado para ejercitar la acción de revocación de la donación, la primera Sala lo considera infundado, con el voto concurrente del Ministro Ponente³⁸⁵, partiendo del hecho de que el contrato de donación se celebró en cumplimiento a un convenio cuya validez fue judicialmente decretada, por lo que si la obligación derivó de un acto previo que vincula a un acreedor con un deudor, él primero puede exigir las obligaciones a que se comprometió el segundo y viceversa.

Conforme al convenio de divorcio, el deudor era el tercero interesado y sus acreedores sus hijos, teniendo como objeto la obligación de dar, consistente en la celebración del contrato de donación, obligación a partir de la cual, también se constituyó el usufructo vitalicio en favor de la parte quejosa.

En consecuencia, la Primera Sala arriba a la conclusión que se trata de un donación pura y simple y no una donación entre consortes, como lo había afirmado el Tribunal de Alzada y en consecuencia, el donante tiene facultad legal para revocar la donación, tanto por las causas dispuestas en el convenio (fundamento de la donación), como por las causas establecidas en el propio contrato.

³⁸⁵ En su voto concurrente, el Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá señala que, contrario a lo que concluyó la mayoría, consideraba que el tercero interesado no tenía legitimación activa para exigir la revocación del contrato de donación pura y simple, pues como bien se concluyó en la sentencia, la donación se hizo entre el tercero interesado y sus hijos, sin que la quejosa fuera parte en dicho contrato y en todo caso, sólo fue beneficiaria con el usufructo que se constituyó en su favor, adquiriendo la calidad de usufructuaria. Luego entonces, el tercero interesado, tiene legitimación para exigir a la parte quejosa la extinción del derecho de usufructo, pero esa no fue la acción que intentó, sino la revocación de la donación, donde la quejosa no fue la donataria. Por lo tanto, se debían considerar fundados los conceptos de violación primero, segundo y cuarto. Voto concurrente de la Sentencia de Amparo Directo 9/2021. Consultable en: <https://vlex.com.mx/vid/ejecutoria-num-9-2021-897424339>.

Hecho esto, entra al estudio de los conceptos de violación noveno y décimo, de los cuales deriva la trascendencia del caso en consideración de la Primera Sala, pues deberá pronunciarse respecto a la constitucionalidad de aquellos actos que se celebran con fundamento en la autonomía de la voluntad y libertad de contratación de particulares, pero cuyo contenido axiológico sean acordes al parámetro de regularidad constitucional.

“Como sostuvo esta Primera Sala en el amparo indirecto en revisión 5234/2014, es cierto que las normas del derecho civil, presuponen la igualdad de capacidad y condiciones entre las partes contratantes para suscribir una relación jurídica y todas las consecuencias que de la misma se desprenden. Sin embargo, en aquellos ámbitos en los cuales se asume la existencia de asimetrías de poder o la vulnerabilidad de ciertos sujetos se constituyen ámbitos jurídicos diferenciados en los cuales el principio de autonomía de la voluntad tiene una menor resistencia frente a la injerencia externa”³⁸⁶

Con base en lo anterior, se estima que en la constitución del usufructo se pactaron una serie de condiciones resolutorias vinculatorias para la parte quejosa, cuya estipulación no se justifica en términos del marco constitucional y convencional vigente, ya que se vulneró en perjuicio de ésta el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, intimidad, libre autodeterminación e incluso, su derecho a ejercer una vida libre de violencia, colocándola en una evidente condición de desventaja, puesto que para su contraparte del convenio, no se estipularon obligaciones parecidas o equivalentes.

³⁸⁶ Amparo directo en revisión 5234/2014. Resuelto en sesión de la Primera Sala correspondiente al día nueve de marzo de dos mil dieciséis, por mayoría de cuatro votos de los señores Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz (Ponente), Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reserva el derecho de formular voto concurrente y Presidente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena en contra del voto emitido por la señora Ministra Norma Lucía Piña Hernández, citado en la Sentencia de Amparo Directo 9/2021, párrafo 51, p. 15. Consultable en: <https://vlex.com.mx/vid/ejecutoria-num-9-2021-897424339>.

Adicionalmente, el Tribunal de Alzada perdió de vista que para resolver debía considerar la condición de mujer de la parte quejosa, pues:

“se encontraba particularmente obligada a resolver su causa con perspectiva de género, aunado a su obligación (general) constitucional de velar por la promoción, protección, respeto y garantía de los derechos humanos, aún en su plano horizontal, así como a interpretar el ordenamiento de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en aplicación del principio pro persona”³⁸⁷

Por lo anterior, la Primera Sala concluyó que las condiciones que se pactaron en el convenio y con base en cuyo incumplimiento, se requirió la extinción del usufructo, colocan a la quejosa en una situación de desventaja y subordinación con el tercero interesado, legitimando el régimen de opresión en perjuicio de la quejosa, pues surge de seguir costumbres, hábitos y normas sociales cuestionables que afectan sus derechos, como el prohibir que pudiera relacionarse con personas del sexo masculino, generando una relación intergenérica y fomentando roles de género que no tienen justificación en el ámbito constitucional.

Este tipo de condiciones vulneran el derecho a la vida privada y a la forma en cómo puede proyectarse la vida, mediante la libre autodeterminación, actualizando un tipo de violencia psicológica en términos del artículo sexto de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia. Denotan que se pactaron en función del régimen patriarcal imperante en la sociedad mexicana, por lo que dicho hecho pasa ser un asunto de relevancia pública que la Primera Sala estima violatorio del régimen constitucional vigente, “*en la medida en que redundan en detrimento del ejercicio de sus derechos humanos como mujer, vulnerándose parte de su espacio vital y, en adición a ello, situándola en una condición de desventaja o subordinación en relación con la otra parte*”.³⁸⁸

³⁸⁷ Sentencia de Amparo Directo 9/2021, párrafo 58, p. 17. Consultable en: <https://vlex.com.mx/vid/ejecutoria-num-9-2021-897424339>.

³⁸⁸ *Ibidem*, párrafo 83, p. 23.

Resuelto lo anterior, ya no se entró al estudio del resto de los conceptos de violación y se resolvió conceder el amparo a efecto de que la autoridad responsable inaplique las condiciones resolutorias a que se sujetó el derecho de usufructo en favor de la parte quejosa, cuya invalidez constitucional quedó declarada por dicha sentencia.

V.8.4. Análisis del parámetro de control utilizado y evaluación.

El parámetro de control utilizado fue constitucional, convencionalidad y legalidad, pero con una interpretación *pro persona* y dotando de contenido a las disposiciones que regulan la libre manifestación de la voluntad, con perspectiva de género, a efecto de lograr la interpretación más favorable para la quejosa.

Lo relevante de esta sentencia, para los fines de esta investigación, es la conclusión alcanzada respecto a que hasta las normas que surgen de un acuerdo de voluntades, como son los contratos y los convenios, tienen limitaciones constitucionales y convencionales, que no permiten pactar condiciones o cláusulas que resulten violatorias de los derechos fundamentales y esa conclusión es verdaderamente relevante, pues antes de la reforma de derechos humanos y de toda la evolución jurisprudencial que forma parte del parámetro de control de regularidad constitucional, a pesar de que el artículo 133 constitucional estaba vigente, nadie podía poner en tela de juicio, de que hubiera cláusulas que se pudieran estimar violatorias de derechos humanos, salvo los casos en dónde expresamente la Ley determinaba que se considerarían cláusulas nulas.

En cambio hoy, a más de diez años de distancia de que entró en vigor la reforma al artículo primero constitucional, el criterio jurídico se ha modificado de forma considerable y no basta con que la persona haya firmado un contrato para que todas las cláusulas sean obligatorias, aún y cuando limiten sus derechos fundamentales, sino que a la luz de los tribunales, se deberá hacer un análisis de constitucionalidad y convencionalidad que permita verificar si el contenido de un contrato o convenio se sostiene válido y por lo tanto, exigible.

CAPÍTULO VI. MODELOS DE APLICACIÓN DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* Y PROPUESTA.

Regresando a la pregunta inicial de la presente investigación, bajo la perspectiva epistemológica del pragmatismo utilitarista, ¿Los parámetros de la jurisprudencia mexicana son acordes con los parámetros de la jurisprudencia interamericana de modo que se cumple con la obligación constitucional de que todas las autoridades promuevan, respeten, protejan, y, sobre todo, garanticen los derechos humanos? La respuesta a dicho planteamiento, después del análisis que hemos realizado a lo largo de esta investigación es que sólo parcialmente se logra tal fin, por las razones que se aducen a lo largo de este capítulo.

En primer término, porque el principio, método y/o herramienta de interpretación llamado control *ex officio*, es un concepto no dogmático, sino que se ha ido construyendo en la doctrina a partir de los casos prácticos que han generado jurisprudencia tanto internacional como nacional. Literalmente ha sido como un nuevo ser, que fue pensado de manera muy general a partir de la idea que concibió el jurista mexicano Sergio García Ramírez por allá del año dos mil tres, y que, con el paso de los años, se le fueron poniendo las manos, las piernas, los órganos y no se termina de concebir del todo, sigue en crecimiento a medida que se presentan los casos nuevos y resulta necesario irse pronunciando sobre ellos.

Es justamente la jurisprudencia, entendida como ciencia, pero también como tesis, quien ha ido generando el concepto, los elementos, las características y sus alcances. Hasta la manera de aplicarla como tesis, se ha ido creando por jurisprudencia. Por lo tanto, la expectativa de esta investigación es sugerir una solución, mediante una metodología plasmada en un Manual de Actuación para ejercer control *ex officio* de los derechos humanos, que pueda ser aplicada por todas las autoridades mexicanas, a partir de las reglas que se han creado para los Tribunales.

Es oportuno señalar que ya se han hecho esfuerzos similares a los de esta investigación, que se detectaron tanto en el ámbito internacional, como en el académico que mencionaremos en este capítulo como antesala.

VI.1. Guía para la aplicación del principio de convencionalidad propuesta por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA.

En el octogésimo séptimo periodo ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano de la OEA³⁸⁹, celebrado en Río de Janeiro, Brasil, los días tres al doce de agosto de dos mil quince, cuya versión final se elaboró hasta el dos de octubre del mismo año, la relatora doctora Ruth Stella Correa Palacio, presentó una propuesta de Guía para la “*aplicación del principio de convencionalidad que corresponde a la obligación de los estados parte de incorporar en el ordenamiento interno*”³⁹⁰, con el objetivo de ir homologando la forma de proceder de los jueces de todos los Estados parte. Al respecto, se señaló:

“La proposición para que se decida abordar el estudio de este tema se sustenta en las reiteradas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos

³⁸⁹ EL CJI es uno de los principales órganos de la OEA, el cual de acuerdo con los artículos 99 y 102 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, tiene como objetivo fundamental el servir de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos, por lo que representa al conjunto de los Estados miembros de la OEA, y cuenta con la más amplia autonomía técnica. De igual forma, se encarga de promover la codificación y desarrollo del derecho internacional, así como analizar la integración de los países del Continente americano y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en temas de interés común. Se encuentra integrado por once juristas nacionales de los Estados miembros, quienes son elegidos por un periodo de cuatro años, a través de ternas presentadas por los propios Estados. Entre las principales atribuciones del CJI se encuentran: a) Absolver las consultas sobre asuntos jurídicos que le sean requeridas por los órganos de la OEA; b) Empezar los estudios y trabajos preparatorios que le encomienden la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores o los consejos de la OEA; c) Realizar, por iniciativa propia, los estudios y trabajos preparatorios que considere convenientes; d) Sugerir a la Asamblea General y a los Consejos la celebración de conferencias especializadas sobre temas jurídicos, y e) Establecer relaciones de cooperación con las universidades, institutos y otros centros docentes, con los colegios y asociaciones de abogados, así como con las comisiones, organizaciones y entidades nacionales e internacionales dedicadas al desarrollo o codificación del derecho internacional o al estudio, investigación, enseñanza o divulgación de asuntos jurídicos de interés internacional. Cfr. Carta de la OEA y Estatuto del CJI, disponibles en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp y http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/estatuto_del_comite_juridico_interamericano_rev3_esp.pdf.

³⁹⁰ Minuta de la sesión del Comité Jurídico Interamericano de fecha 2 de octubre de 2015, bajo el registro OEA/Ser.QCJI/doc.492/15 rev.1, p. 1, consultable en: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_492-15_rev1.pdf.

Humanos que a través de sentencias, opiniones consultivas y medidas provisionales, se ha ocupado de destacar al juez interno como principal destinatario del control de convencionalidad”.³⁹¹

El marco jurídico convencional que dio sustento a la elaboración de dicha guía fueron el artículo 2 de la CADH, que consagra el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades incorporados en la Convención; el artículo 1.d, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que impone la obligación de adoptar medidas legislativas, administrativas y judiciales o de cualquier otra índole para cumplir con los compromisos asumidos en la Convención y, el diverso 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que obliga a los estados parte a adoptar medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura.

Se afirma que, ante la abundante jurisprudencia interamericana sobre la aplicación del principio de control de convencionalidad, así como la generada por los Estados en el ámbito interno “proceder a proponer una guía que logre el efecto útil de las normas convencionales”.³⁹²

La metodología propuesta para realizar tal guía fue formular con base en un cuestionario de once preguntas dirigidas a los Estados parte de la OEA, que han aprobado la CADH, para que explicaran cómo han ido implementando las normas internacionales en su derecho interno, sobre todo en las decisiones judiciales, para posteriormente, mediante consulta con expertos, elaborar la guía.

Posteriormente, en el nonagésimo segundo Periodo Ordinario de Sesiones del mismo Comité, celebrado del veintiséis de febrero al dos de marzo de dos mil dieciocho, en la Ciudad de México, se presentó un informe del resultado de la respuesta al cuestionario realizado³⁹³, a partir de lo cual se elaboró una propuesta de la Guía, con el siguiente contenido:

³⁹¹ *Ibidem.*

³⁹² *Ídem.* p. 2.

³⁹³ En la Relatoría, se informó que en el 88º periodo de sesiones, sucedido en abril de 2016, se decidió enviar un cuestionario a los Estados Parte, como se había acordado en el periodo 87º de

“Primero. La incorporación en el ordenamiento interno de los instrumentos que conforman el corpus iuris de los derechos humanos, generalmente se hace desde la misma norma constitucional como integrante del bloque de constitucionalidad”³⁹⁴

Como se aprecia, la Guía elaborada por el Comité Jurídico de la OEA, parte no sólo de la cuestión particular, respecto a la manera o método a seguir para realizar el control de convencionalidad, sino que tiene una perspectiva más general, que consiste en determinar incluso la manera en cómo se dará vida, dentro del ordenamiento jurídico de los Estados, al *corpus iuris interamericano*, sugiriendo que se haga desde la propia Constitución, como parte integrante del bloque de constitucionalidad o parámetro de regularidad constitucional, como ha tenido a bien llamarlo la jurisprudencia mexicana.

“Segundo. El legislador interno, como primer destinatario del cumplimiento de los instrumentos que integran el corpus iuris de los derechos humanos, tiene a su cargo la revisión de la legislación interna para articularla con los mandatos contenidos en tales instrumentos”.³⁹⁵

Sin duda, el legislador como responsable de la elaboración de las leyes, debe ser el guardián por excelencia del control *ex officio*, de tal manera que, sin que haya una petición de parte, de manera oficiosa hiciera una revisión del ordenamiento jurídico y fuera generando las reformas necesarias, para ajustar las leyes al parámetro de regularidad constitucional.

Esto supondría que todos los legisladores, tanto federales, como locales, deberían tener previo al inicio de su encargo, una formación mínima o capacitación propedéutica, sobre el *corpus iuris interamericano* y sobre la doctrina de control de

sesiones. Que para la 89º periodo de sesiones, celebrado en Río de Janeiro en marzo de 2017, se dio cuenta de que se recibieron respuesta de 14 Estados parte y con base en ello, se había elaborado la guía correspondiente. Vid. Minuta de la Sesión del Comité Jurídico Interamericano de la OEA del 20 de febrero de 2018, con registro CJI/doc.557/18 p. 1. Consultable en: <http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/INFOANUAL.CJI.2018.ESP.pdf>

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 3.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 4.

convencionalidad y constitucionalidad, para contar con las nociones mínimas de la importante labor que deberán realizar.

Otra forma de lograr tal objetivo es que, con ayuda de los órganos técnicos de apoyo parlamentario, tales como los Centros de Estudio o Institutos de Investigación con que cuentan las Cámaras del Congreso, se hiciera el diagnóstico temático de la legislación federal, general y estatal, en contraste con el estándar internacional por materia, que abriera la posibilidad de ofrecer a los legisladores los insumos que les permitan presentar las iniciativas de reforma correspondientes.

También se podría convocar a ejercicios de parlamento abierto, donde las organizaciones de la sociedad civil pudieran formalmente ayudar en este esfuerzo de actualización legislativa e incluso, permitiendo que presenten iniciativas de Ley ciudadanas, tomando muy en serio la obligación que tienen de actualizar el marco normativo mexicano.

Sin embargo, hasta el día de hoy en el Congreso de la Unión, no existe ningún mecanismo reglamentado o acordado similar a lo que sugiere esta guía, tampoco en los Congresos Estatales. Ha sido la labor legislativa mexicana más bien reactiva, frente a las sentencias que han condenado a México, por parte de la Corte IDH, las que han ido generando los cambios normativos.

Es imperioso que, desde el Poder Legislativo de nuestro país, se tomen en serio las obligaciones adoptadas por la CADH y se impulse una estrategia a corto, mediano y largo plazo, para alcanzar tal propósito.

Sin embargo, parece una labor titánica y difícil de alcanzar, al menos por tres motivos:

1. La corta duración de las Legislaturas, sobre todo en la Cámara de Diputados y en los Congresos Estatales, que suelen ser de tres años, lo cual no permite hacer una planeación de mediano y largo plazo;

2. La nula obligación constitucional de que los legisladores cuenten con una mínima formación jurídica, ni para acceder al cargo, desde que se fijan las candidaturas, ni cuando una vez electos, tuvieran que agotar una capacitación mínima que los informe de la obligación que tienen de actualización legislativa;
3. Por tratarse de cargos de elección popular, están mayormente influenciados por temas de coyuntura política, con premisas muy alejadas al ideal jurídico que permita una planeación de actualización legislativa en materia de derechos humanos, lo cual se agravó con la posibilidad de ser reelectos, pues el legislador, antes que ocuparse de atender el cumplimiento a los compromisos internacionales que garanticen los derechos humanos, se dedica a atender las peticiones de sus líderes de partido y en algunas ocasiones, de sus electores.

Será deseable que alguna legislatura conformada por legisladores de carrera, entendiéndose por tal, aquellos que han ido de una curul a otra, principalmente los llamados plurinominales, quienes por su experiencia legislativa adopten como misión reformar la reglamentación interna, sobre todo del Senado de la República que es el órgano del Poder Legislativo competente para intervenir en asuntos internacionales, para crear de un órgano *ex profeso* dedicado a realizar un diagnóstico de la legislación federal respecto al estándar interamericano y proponer las iniciativas de reforma que se requieran.

Dicho órgano deberá establecer una coordinación con los Congresos Estatales, considerando que los Senadores son representantes de las entidades federativas, para que también se haga a nivel local el mismo diagnóstico y en coordinación con el Senado, se pueda ir actualizando la legislación de las entidades federativas.

“Tercero. El alcance del Control de Convencionalidad comporta la comparación del ordenamiento interno con las normas convencionales que

integran el corpus iuris de los derechos humanos y, con la interpretación que de tales normas hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.³⁹⁶

Esta parte de la Guía pareciera de aplicación muy sencilla, pero en realidad, no lo es y supone hacer un análisis detallado al respecto.

Fue a partir del caso *Gelman vs Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del 24 de febrero de 2011, del que hemos hablado en el capítulo tercero de esta investigación, que la Corte IDH determinó que sus sentencias son vinculantes tanto para los Estados parte de la controversia, como para todos los que hayan aceptado la competencia de la misma, tal y como lo asumió la SCJN, al resolver la Contradicción de Tesis 293/2011, también citada y analizada en el capítulo cuatro de esta investigación.

Sin embargo, la postura asumida por el Tribunal Interamericano ha sido seriamente cuestionada por diversos académicos y estudiosos del derecho, pero también por los propios órganos de la OEA, como el Comité Jurídico Interamericano, que como parte del proceso de análisis de la Guía que estamos comentando, han puesto el dedo en la llaga señalando no sólo problemas de método, al querer aplicar este proceso de la guía, sino incluso señalando que la Corte IDH se ha extralimitado en sus atribuciones.

Así por ejemplo el doctor Mara Prates, desde la primera ocasión que se presentó al Comité la idea de la Guía en el octogésimo séptimo periodo de sesiones celebrado en agosto de dos mil quince, indicó “que un primer problema que debería discutirse tiene relación con el alcance del principio de convencionalidad... la determinación de si los considerandos de una decisión asignan obligaciones adicionales”.³⁹⁷

Sobre todo, porque los considerandos son en donde se desarrollan los argumentos de la Corte IDH y a través de los cuales van dotando de contenido los

³⁹⁶ *Ibidem*. p. 4.

³⁹⁷ Minuta del Comité Jurídico Interamericano del 15 de febrero de 2021, con registro OEA/Sec. General/DIDI/doc.1/21, p. 7.

derechos humanos regulados en la CADH y en los demás instrumentos internacionales. Una sentencia que sea vinculante sólo por sus resolutivos no aportaría ningún desarrollo jurisprudencial, ni tendría base para ir desarrollando el contenido de los derechos humanos.

De igual forma, el mismo doctor Prates, durante el nonagésimo periodo ordinario de sesiones, celebrado en Río de Janeiro en marzo de dos mil diecisiete comentó que:

“tan solo 15 Estados han aceptado la jurisdicción de la Corte y que por consiguiente esta guía no sería aplicable en los Estados que no han ratificado la Convención [...] solamente 7 han ratificado y reconocido la jurisdicción de la Corte [...] que con respecto al principio de convencionalidad, sería necesario escoger la interpretación que se desea validar [...] Para algunos, la interpretación de la Convención por parte de la Corte debería ser tratada como un precedente vinculante, sin embargo, Uruguay no sigue esa tradición [...] Si la intención era incluir sólo decisiones o si también cabían las interpretaciones”.³⁹⁸

Este aspecto que comentó el doctor Prates resulta relevante, pues vale la pena cuestionarse cuántos Estados de la OEA, estamos logrando homologar la protección de los derechos humanos al estándar interamericano, puesto que dentro de la misma OEA faltan varios por aceptar la competencia de la Corte IDH.

Además, cuestionó si sólo las sentencias serían consideradas como parte del estándar o también las interpretaciones que hace a través de otros mecanismos, como cuando dicta medidas cautelares o emite una opinión consultiva y sin duda, tiene razón en cuestionar, de entrada, cuál es el alcance que se considerará como vinculante.

El doctor Hollis explicó que:

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 10.

“aunque en los Estados Unidos se acepta el principio del *pacta sunt servanda* y el principio que el derecho interno no es excusa para el incumplimiento de las obligaciones de los tratados, el problema surge con los tratados que no son autoejecutables, en cuyo caso el juez nacional no puede aplicar directamente las disposiciones del tratado y debe aplicar la legislación nacional”.³⁹⁹

Ese aspecto es también el caso de México que, por determinación del propio artículo primero, aunque el tratado sea autoejecutable, el juez nacional debe aplicar primero la legislación nacional y sólo cuando considere necesario, invocar o aplicar el estándar internacional, al grado que, si en la Constitución hay alguna restricción a un derecho humano, debe aplicar la restricción, por encima de lo que diga el estándar internacional.

De igual manera el mismo doctor Hollis; “reflexionó sobre el impacto de las partes en los Estados monistas que aceptaban la predominancia del derecho internacional y los Estados dualistas que colocan el derecho interno jerárquicamente encima del derecho internacional. En este último caso, aseveró que las directrices serían problemáticas”.⁴⁰⁰

Por su parte, durante el nonagésimo segundo período ordinario de sesiones, celebrado en la Ciudad de México, en febrero de dos mil dieciocho, el doctor García-Corochano expresó:

“que en el derecho internacional, los convenios crean el tribunal que interpreta el propio convenio, por lo que dicho órgano no puede exceder el alcance del convenio que lo creó, a pesar de que existan tribunales a nivel internacional que se atribuyen la facultad de crear normas. Aclaró que cuando los Estados quieren contraer obligaciones, celebran convenios mediante sus representantes, no recurren al tribunal para que las cree”.

Y justo aquí es cuando surge un debate fuerte sobre si la Corte IDH se ha excedido en sus facultades. Que una cosa es dotar de contenido alguna norma que

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁰⁰ *Ídem*.

no queda clara dentro de la CADH y todos los protocolos adicionales y demás instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris interamericano*, y otra muy diferente, lo que ha pasado en las sentencias de la Corte IDH, la cual, por vía de interpretación, ha ido creando obligaciones a los Estados que éstos no pactaron.

Para el nonagésimo tercer periodo ordinario de sesiones, celebrado en Río de Janeiro en agosto de 2018, el debate se agudizó y en su intervención, el Presidente del Comité Jurídico Interamericano señaló:

“que encontró difícil de aceptar [...] fue que las sentencias de la Corte sean vinculantes para terceros Estados. Dijo no poder aceptar que las sentencias constituyan un precedente jurisprudencial obligatorio; agregó que ello va más allá del papel de un tribunal internacional [...] Tampoco se deben imponer las decisiones de la Corte como un precedente obligatorio”.⁴⁰¹

Cabe decir que para cuando este debate se discutió en el Comité Jurídico Interamericano, ya habían pasado casi cuatro años de que se había decidido en México, por la SCJN, que todas las sentencias de la Corte IDH, tienen fuerza vinculante y forman parte del parámetro de regularidad constitucional.

Por su parte, el doctor Arrighi señaló:

“el otorgarle la misma jerarquía de la norma internacional a los fallos internacionales crea un problema práctico. Cuando un Tribunal dicta un fallo toma en cuenta consideraciones particulares de hecho y de derecho por ende, el juez nacional quien interpreta el principio de convencionalidad deberá pronunciarse sobre elementos de hecho y derecho distintos. Si bien en teoría puede funcionar cuando hay coincidencias en los hechos y en el derecho, pero como ello no ocurre en la práctica considerando (sic) que el otorgar mucha discreción a los jueces nacionales podría dar lugar a decisiones contrarias al espíritu de los fallos de la Corte Interamericana... pueden servir como un

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 16.

criterio de interpretación, pero ello no significa que la jurisprudencia sea obligatoria”.⁴⁰²

Este aspecto resaltado por el doctor Arrighi pone de relieve el asunto de la alta discrecionalidad otorgada a los jueces nacionales para determinar cuándo una sentencia de la Corte IDH es aplicable al caso que están juzgando y cuándo no, a pesar de estar obligados a acatar la jurisprudencia interamericana. Esto pudimos verificarlo con varios casos citados en el capítulo quinto, sobre todo en las sentencias dictadas por la Segunda Sala, donde es muy notorio que cuando se trata de asuntos que pueden afectar al erario público o que pueden generar una presión al gasto público, el margen de protección a los derechos humanos es muy limitado, incluso inventando supuestas restricciones constitucionales, que ni siquiera están expresadas en la Constitución, sino que las “deducen” por interpretación *a contrario sensu*.

Finalmente, queda en el ámbito del juez nacional, ceñirse o no a la jurisprudencia interamericana, mediante mecanismos de interpretación y argumentación que justifiquen su decisión.

Por su parte, el doctor George Galindo comentó lo complejo del tema, sobre todo cuando la Corte IDH impone el deber a los Estados de la aplicación del principio de control de convencionalidad:

“ello puede crear confusión respecto a lo que se debe replicar, sea esto la sentencia, las medidas cautelares o/y el obiter dictum de las sentencias. Además, ello impone cuestionamientos respecto al principio de “la competence de la competence” de un tribunal internacional, pues una prerrogativa de esa naturaleza otorgaría un gran poder a dicha Corte”.⁴⁰³

De lo anterior, justamente el debate se encuentra hoy por hoy en este tema. ¿Es correcto que un Tribunal Internacional que se creó para interpretar un tratado, pueda atribuirse facultades legislativas internacionales y prácticamente todo

⁴⁰² *Ibidem*, p. 17.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 18.

pronunciamiento que haga, sea en un tema contencioso, en una opinión consultiva o en medidas cautelares, se vuelva ultrapoderosa y pueda pasar por encima de la soberanía de los Estados? Parece que el análisis de esta cuestión aún sigue en boga y por no ser el tema central de esta investigación, no profundizaremos más.

Ahora bien, por cuanto hace al cuarto punto de la guía, se dice:

“Cuarto. El control interno de convencionalidad corresponde, principalmente, a los jueces de cada Estado.

...

Para lograr la aplicación (sic) del principio de Convencionalidad, los jueces al interior de los Estados, adoptan decisiones del siguiente tenor:

- (i) Aplican directamente la norma convencional, en caso de ausencia de norma del mismo tenor en el ordenamiento interno.
- (ii) Inaplican la norma del ordenamiento interno que se opone a la CADH.
- (iii) Inaplican la norma del ordenamiento interno que se opone a la interpretación que de las normas convencionales ha hecho la CIDH.
- (iv) Utilizan la norma convencional como criterio argumentativo o interpretativo en la aplicación de las normas internas sobre derechos humanos.
- (v) Aplicación en sus decisiones de la interpretación que de las normas convencionales hace la CIDH.
- (vi) Interpretan la norma interna conforme a las (sic) normativa internacional de derechos humanos -Interpretación Conforme-.⁴⁰⁴

Este cuarto punto de la guía es de los más interesantes, porque contiene el desarrollo del cómo se realiza de manera fáctica el control de convencionalidad. Siguiendo algunos de los cuestionamientos citados en la regla tres de la guía, el problema está en el tipo de sistema que tenga cada Estado, si es monista o dualista.

⁴⁰⁴ Minuta de la Sesión del Comité Jurídico Interamericano de la OEA del 20 de febrero de 2018, con registro CJI/doc.557/18, *op. cit.*, pp. 5-6.

México es dualista en realidad, si bien reconoce a los tratados internacionales de los derechos humanos, como parte de la norma suprema, los menciona inmediatamente después de la Constitución, tanto en el artículo 1° como en el 133. Con ese fundamento, la contradicción de tesis 293/2011 reforzó el criterio y señaló que las restricciones constitucionales, prevalecen sobre lo previsto en las normas internacionales y esta situación vuelve verdaderamente complejo y difícil apearse al contenido sugerido en la regla cuatro de la guía.

Lo que sí resulta relevante señalar, es que, desde la visión del Comité Jurídico Interamericano, los jueces deben aplicar la norma convencional de forma directa y si la nacional es contraria a la convencional, inaplicarla. Hasta ahí el alcance del control de convencionalidad. Por lo que, ha sido la Corte IDH la que a través de sus sentencias ha ido señalando la obligación de los Estados de expulsar de su marco jurídico la norma que se estimó contraria al estándar interamericano, e incluso, obligar a reformar su legislación interna (hasta su propia Constitución) para que sea acorde a la jurisprudencia interamericana.

Como hemos visto, ambas determinaciones de la Corte se pueden estimar como un exceso en su ámbito de competencia.

“Quinto. El sistema de control de constitucionalidad adoptado en cada Estado, determina el sistema de control interno de convencionalidad. Si concentrado, a través del mecanismo de interpretación conforme o del trámite de un incidente ante el órgano judicial encargado de tal control. Si Difuso o mixto, a través del control de convencionalidad difuso, esto es, a cargo de cada juez.”⁴⁰⁵

Sobre este punto no hay mucho más que comentar, puesto que ya se ha expuesto en otro capítulo, los tipos de control y se han explicado las diferencias entre el concentrado y el difuso, más la jurisprudencia que aclaró que el control no

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 6.

se realiza a través de un incidente, sino como parte de la misma secuela procesal, al dictar sentencia.

“Sexto. En el Sistema de control difuso de constitucionalidad, los jueces tienen la competencia para ejercer el control interno de convencionalidad a través de la inaplicación, al caso concreto, de la norma interna que colide con la norma convencional y consecuentemente, para aplicar directamente la norma internacional”⁴⁰⁶.

Como ya se señaló al analizar la regla cuatro, los jueces mexicanos deben aplicar el parámetro de control de regularidad constitucional, prefiriendo la norma interna y el efecto de realizar control, dependerá del tipo de Tribunal que lo ejerza. Si es de primera instancia, de alzada o de los Tribunales Autónomos ajenos al Poder Judicial Federal, sólo pueden realizar interpretación conforme y si no se logra la interpretación más favorable, entonces inaplicar la norma.

Pero si son órganos jurisdiccionales de control concentrado, pueden ir más allá del estándar internacional y expulsar la norma del marco jurídico nacional, declarando su inconstitucionalidad.

Cabe recordar que las demás autoridades, las administrativas, sólo pueden realizar interpretación conforme, de acuerdo con la jurisprudencia mexicana. No tienen la atribución de inaplicar.

“Séptimo. Para el ejercicio del control de convencionalidad en el sistema de control concentrado de constitucionalidad, existen dos mecanismos para garantizar ese control, a saber: (i) el trámite incidental ante el órgano encargado del control concentrado de constitucionalidad; y, (ii) la interpretación conforme.

...

(ii) La interpretación conforme- Noción

⁴⁰⁶ *Idem*.

Se fundamenta en el artículo 29 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, de acuerdo al cual:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados Partes (sic), grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes (sic) o de acuerdo con otra convención en que se parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".⁴⁰⁷

Definitivamente la noción de interpretación conforme concebida desde la visión del Sistema Interamericano es mucho más amplia que el que ha generado la SCJN, al determinar en la contradicción de tesis 293/2011, el criterio sobre la prevalencia de las restricciones constitucionales a los derechos humanos.

Bajo la premisa interamericana, dicha contradicción de tesis 293/2011 es inconvencional por contradecir lo previsto en el artículo 29 de la CADH. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia mexicana, la interpretación conforme implica la visión dualista y hace prevalecer el derecho interno, aún y cuando se aleje del estándar internacional y justo ese fue el reciente debate alrededor de la prisión preventiva oficiosa discutida durante los inicios del mes de septiembre de dos mil veintidós, que por lo pronto, sin tener aún una definición del tema, en el debate del proyecto que presentó el Ministro Luis María Aguilar, que proponía incluso inaplicar

⁴⁰⁷ *Ibidem*, pp. 6-7.

el artículo diecinueve constitucional, por estimarlo inconveniente, no obtuvo la aprobación de la mayoría y se tuvo que retirar el proyecto.

Por lo tanto, si esta guía fuera aprobada, México no podría dar cumplimiento a la regla séptima que hemos transcrito.

“Octavo.- El ejercicio del control interno de convencionalidad no solo es competencia de los jueces, otros operadores jurídicos, en tanto encargados directamente de la aplicación de las normas internacionales, que consagran el respeto a los derechos humanos, también son competentes para el ejercicio de tal control”.⁴⁰⁸

Sin duda, como expusimos al inicio de este capítulo, una guía, manual o metodología que sugiera los pasos a seguir para realizar control *ex officio* de los derechos humanos, debe estar dirigida no sólo a los jueces, sino a todos los operadores jurídicos del país, a todas las autoridades, en una lógica de ir armonizando u homologando criterios y que se alcance el ideal de protección de los derechos humanos en todos los poderes del Estado Mexicano, es los tres niveles de gobierno.

“Noveno. La formación en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en su aplicación al interior de los Estados de los operadores jurídicos -funcionarios judiciales y administrativos que tengan a su cargo la garantía de los derechos humanos-, permiten un eficaz control de convencionalidad”.⁴⁰⁹

Sin duda, todas las autoridades deben ser capacitadas. En esta regla de la guía, se habla de funcionarios judiciales y administrativos, pero como vimos en la regla uno, incluso los legisladores deberían ser capacitados y tener una preparación previa a ejercer el cargo, para alcanzar el ideal de protección y garantía de los derechos humanos.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 8.

⁴⁰⁹ *Ídem*.

Se estima que se debe incluir en los programas de estudio desde nivel básico, nociones generales de las normas internacionales más relevantes que protegen derechos humanos y del derecho que tenemos todos en México, a que todas las autoridades apliquen el control *ex officio*, ir formando a todas las personas en estas nociones generales, para que al menos haya un conocimiento de cultura general y ya en los niveles medio superior y superior, profundizar en el estudio de los estándares internacionales de protección de derechos humanos, junto con el uso de las herramientas tecnológicas que permitan la fácil consulta de la jurisprudencia interamericana e nacional.

Si no se conoce el marco jurídico que se debe aplicar como parámetro de regularidad constitucional, tanto por las autoridades, como por los destinatarios de dicha protección, será muy difícil lograr una autentica protección y garantía de los derechos humanos en nuestro país.

“Décimo. La competencia de la Corte Interamericana para ejercer el control de convencionalidad es subsidiaria, a la inexistencia de tal control por parte de los jueces internos”.⁴¹⁰

Sobre dicha regla, si bien la Corte IDH se ha esforzado en recalcar que su competencia es subsidiaria, lo cierto es que cuando los Estados parte hacen valer la excepción de falta de competencia, basados en el hecho de que los Tribunales internos ya hicieron control de convencionalidad o de regularidad constitucional, la Corte IDH no admite dicha excepción y ha sido categórica en afirmar que, no importa que en la instancia nacional se alegue haber hecho dicho control y que incluso se haya hecho de forma correcta, pues tal situación no limita la facultad de la Corte IDH para analizar el caso y resolver.

Hasta aquí la mención y comentarios que hacemos de la Guía que el Comité Jurídico Interamericano de la OEA ha intentado aprobar y hasta el cierre de esta

⁴¹⁰ *Ídem.*

investigación, es decir, al mes de noviembre de dos mil veintidós, sigue en estudio y análisis, sin que a la fecha, se haya logrado concretar su aprobación.

VI.2. Manual Práctico para aplicar el Control de Convencionalidad basado en la Metodología Themis.

Este Manual basado en la metodología Themis, es una propuesta para facilitar a los operadores de justicia, realizar el control de convencionalidad.

“THEMIS permite identificar fácilmente el estado de desarrollo del contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta metodología está compuesta por dos herramientas: tabla analítica y digesto”.⁴¹¹

La metodología creada por la Cooperación Alemana Deutsche Zusammenarbeit para el Desarrollo y el Programa Dirajus (Derecho Internacional Regional y Acceso a la Justicia en América Latina), “facilita la elaboración de una línea argumentativa dentro de la cual se interpreten las normas aplicables, se aplique el control de convencionalidad y se valore la prueba en el contexto del caso concreto”.⁴¹²

Para desarrollar la metodología parten del cuestionamiento de ¿Por qué se requiere una metodología para la aplicación del Control de Convencionalidad? A la cual responde que “mientras más sistemático y transparente resulte el proceso de solución, es más probable que los operadores jurídicos acepten, cada uno, el desafío y asuman su responsabilidad”⁴¹³

⁴¹¹ Objetivo del Programa de Capacitación en el uso de la metodología Themis. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Consultable en: *Instituto Interamericano de Derechos Humanos | Página Principal (iidh.ed.cr)*

⁴¹² Cooperación Alemana para el Desarrollo, Giz y Programa Dirajus (Derecho Internacional Regional y Acceso a la Justicia en América Latina), *Manual Práctico para aplicar el Control de Convencionalidad basado en la Metodología Themis*, 2020, p. 3. Consultable en: https://www.academia.edu/49351965/Manual_Pr%C3%A1ctico_para_aplicar_el_Control_de_Convencionalidad_basado_en_la_Metodolog%C3%ADa_THEMIS

⁴¹³ *Ibidem*, p. 9.

La metodología sugerida por ambas instituciones consiste en diez etapas, dentro de las cuales, en la séptima es en la que se deberá ejercer el control de convencionalidad, de tal manera que la norma nacional se interpreta a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, que es consultable a través del digesto.

El Digesto⁴¹⁴ es una herramienta de consulta electrónica, que permite encontrar con facilidad la jurisprudencia dictada por la Corte IDH de forma temática. Al interpretar los criterios normativos identificados como relevantes, se debe preferir aquella interpretación que coincida más con la jurisprudencia de la Corte IDH. Sólo cuando ello no sea posible, por no haber precedente, entonces se tendrá que analizar la convencionalidad de la norma completa.

La metodología THEMIS siempre tendrá por objeto lograr una interpretación de la norma nacional que sea acorde con la CADH y sólo cuando no sea eso posible, determinar la posible inconvencionalidad de la norma, caso en el cual, se podrá aplicar directamente la jurisprudencia de la Corte IDH, al no poder hacer compatible la norma nacional con la internacional.

Al ser la Corte IDH el último intérprete de la Convención, es recomendable guiarse por su jurisprudencia.

Las diez etapas de la metodología THEMIS deben seguirse rigurosamente, sin adelantar, ni saltar una de ellas, para lograr el objetivo, tomando como base que la interpretación de los criterios normativos es la parte más importante.

Dichas etapas son las siguientes:

“ETAPA 1. Identificar el contexto real (hechos generales y contexto sociopolítico): Ubicar el contexto del caso. Esta etapa es una primera aproximación al panorama general del caso, sin entrar en consideraciones jurídicas y responde a la pregunta ¿De qué se trata el caso? Ello facilita utilizar a los cuadernillos que se encuentran elaborados por temas. Por ejemplo:

⁴¹⁴ Disponible en: <http://corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/index.cfm>

corrupción, destrucción del medio ambiente, disputa entre varios vecinos, hacinamiento carcelario, derechos de pueblos indígenas, divorcio, etc.”⁴¹⁵

Sin duda el primer paso para resolver un caso consiste en saber cuál es la litis, cuál es el problema, cuál es la cuestión que se somete a consideración de la autoridad. Cuando hablamos de controversias judiciales, para el juez es relativamente sencillo fijar la litis, porque tiene una formación profesional para ello, pero cuando se trata de asuntos que se someten a consideración de otro tipo de autoridades, que no necesariamente cuentan con una formación jurídica, esta etapa puede ser verdaderamente compleja de lograr.

Tener la capacidad de observación, síntesis y abstracción para fijar el problema a resolver a la luz de la normatividad que rige al caso, sin contar con el conocimiento técnico jurídico necesario, puede resultar un proceso imposible de superar.

Por eso se insiste en que, para que las autoridades sepan cómo proceder, deben tener una metodología, para que paso a paso sepan qué hacer, cuáles fuentes documentales consultar, donde encontrar dichas fuentes, cómo comprender términos técnico-jurídicos en la función que realizan y sobre todo, cómo realizar el ejercicio de verificación o control *ex officio* de los derechos humanos, entre la norma aplicable al caso concreto y el parámetro de regularidad constitucional.

“ETAPA 2. Identificar la pretensión/Identificación de delitos: En el derecho civil y administrativo contencioso, en esta etapa se debe aclarar lo que el o la demandante busca lograr con su demanda. En el derecho penal se trata de identificar los hechos delictivos”.⁴¹⁶

El método Themis, como lo dice el propio manual que lo contempla, está dirigido a Magistrados, Jueces, Fiscales, Abogados, Defensores Públicos, Defensores de Derechos Humanos y Estudiantes de Derecho. Por tal motivo, su contenido y desarrollo utiliza un lenguaje técnico contencioso, sin dar mayor

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 12.

⁴¹⁶ *Ídem*.

contexto o explicación respecto al control de convencionalidad, como lo vislumbra el ámbito interamericano.

La complejidad de utilizar dicho método en nuestro país, es que no sólo la jurisprudencia interamericana ha determinado que el control *ex officio* debe realizarse por todas las autoridades de los Estados parte, de acuerdo a su ámbito de competencia y conforme a sus reglas procesales, sino que el propio artículo primero constitucional, ha estipulado la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos a todas las autoridades, no sólo a las que tienen formación jurídica.

Por lo tanto, la construcción de la metodología homologada plasmada en un Manual de Actuación que se utilice por todas las autoridades mexicanas, debe elaborarse con un lenguaje coloquial y ciudadano, porque no bastará que sea comprensible para los operadores del Estado, sino también por los destinatarios de los actos de dichas autoridades.

“ETAPA 3. Acercamiento al fundamento legal en el cual se basa la pretensión/los fundamentos de la acusación. El fundamento legal es la norma sobre la cual se sustenta la pretensión; en el derecho penal es la norma que tipifica el hecho delictivo. También corresponde examinar la admisibilidad: los elementos formales y sustanciales; en especial; competencia local, material y plazos”.⁴¹⁷

El método THEMIS reconoce la necesidad de verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales, como la competencia, la admisibilidad, la procedencia de la vía, de la acción, la personalidad jurídica, la legitimación procesal, que son elementos indispensables del debido proceso.

Por este motivo es que el método THEMIS está concebido para las autoridades que tengan una formación judicial, los cuales ya cuentan con el bagaje de conocimiento en materia procesal.

⁴¹⁷ *Ídem.*

Para el resto de las autoridades, aplicar esta etapa tomará un importante tiempo de formación, que les permita comprender de forma fácil, como realizarla en su ámbito de competencia.

“ETAPA 4. Identificar los criterios normativos/requisitos previstos en el fundamento legal pertinente. Se trata de identificar los requisitos legales concretos dentro de una norma particular que podrían sostener la pretensión/acusación o defensa”.⁴¹⁸

Esta etapa que está muy ligada a la anterior, ya que pretende que se haga una verificación del cumplimiento de los requisitos legales o normativos, para que la autoridad admita a estudio la petición planteada por el promovente, sin los cuales, se podría desechar o dar por sobreseído el trámite.

Lo cuestionable de este apartado propuesto por la metodología THEMIS sería, cómo proceder en aquellos casos en donde, por la narrativa de los hechos, sea evidente que se ha violentado un derecho humano o existe un alto riesgo de que se vulnere, pero no se presentó la petición conforme a los requisitos o bien, hubo la omisión de alguno de ellos, tratándose de requisitos de forma.

Con base en el método THEMIS, como no se pueden saltar las etapas, ni obviarlas, hasta aquí llegaría la participación del operador u autoridad encargada de atender el asunto, tornando ineficaz este método, pues al final, el objetivo que se pretende con el mismo, respecto a realizar un control de convencionalidad que busque proteger los derechos de las personas, no se alcanzaría.

En México, por virtud del artículo 17, párrafo tercer de la Constitución, las autoridades deben privilegiar la solución del conflicto por encima de los formalismos procedimentales, siempre que no se afecte el debido proceso u otros derechos en el juicio o procedimiento en forma de juicio.

⁴¹⁸ *Ídem.*

Por lo tanto, en México, esta etapa del Método THEMIS, tendría que aplicarse con muchos matices.

“ETAPA 5. Identificar los hechos jurídicamente relevantes – revisar la congruencia entre la pretensión/acusación, alegación y fundamento legal y visibilizar la controversia: Análisis de los alegatos de las partes, para identificar los hechos controvertidos y no controvertidos en las cuales se podrían basar la decisión judicial. Descartar todo lo que resulte irrelevante”.⁴¹⁹

Es lo que procesalmente se conoce como la depuración del proceso, para poder identificar la litis y resolver el caso.

En el ejemplo de la resolución relativa al pago de pensiones de los trabajadores del Estado en UMA's, en lugar de salarios mínimos, que es la unidad de medida en la que se les han hecho los descuentos para su fondo de pensiones, una forma de depurar el proceso que hubiera sido acorde con el estándar interamericano, hubiera sido desestimar los argumentos que hizo valer la autoridad responsable que era el ISSSTE, respecto a que, de mantenerse el pago de pensiones en salarios mínimos, se causaría una grave afectación a los fondos pensionarios y al presupuesto de egresos de la federación en general, por no ser un argumento válido para vulnerar derechos humanos de seguridad social previstos en los tratados internacionales.

Desde la perspectiva interamericana, no puede anteponerse un argumento de tipo presupuestal para excusar la garantía del derecho humano al debido cálculo de la pensión, máxime que los promoventes de dicho amparo hicieron valer que durante años les descontaron la aportación al fondo de retiro, en salarios mínimos y no en UMA, porque dicha unidad de medida ni siquiera existía, ya que se creó hasta el año dos mil dieciséis y con el objetivo de servir como referencia para el pago de obligaciones distintas a la seguridad social.

⁴¹⁹ *Ídem.*

Este tipo de análisis históricos y epistemológicos como el que estamos citando en nuestro ejemplo, son parte del ejercicio de depuración del proceso, para poder situar la litis, pero sobre todo, el poder identificar el o los derechos humanos en juego y por consecuencia, situar el tipo de ejercicio racional de interpretación y de argumentación que se deberá aplicar para resolver el caso.

“ETAPA 6. Identificar las interrogantes del caso: Advertir los problemas de índole fáctica probatoria y de índole meramente jurídica del caso. En esta etapa resulta recomendable consultar a los cuadernillos ya que pueden dar importantes insumos”⁴²⁰

Sin duda los cuadernillos temáticos de derechos humanos que ha ido emitiendo la Corte IDH, sumados a la herramienta Digesto, facilitan mucho la comprensión de la jurisprudencia interamericana.

De manera simultánea, la SCJN ha creado herramientas que facilitan la consulta de las tesis y jurisprudencias emitidas por el Poder Judicial Federal.

Es imperioso que haya mayor publicidad de ambas herramientas, junto con la capacitación para saber cómo consultarlas por cualquier autoridad, pues de otra manera, no habrá forma de ir armonizando el actuar de todas las autoridades, en aras de proteger los derechos humanos de los gobernados.

“ETAPA 7. Interpretar las normas relevantes. Los términos normativos abstractos requieren una interpretación, si resultan pertinentes para la resolución del caso. Para esto existen diferentes métodos de interpretación. Se deben tomar en cuenta las interpretaciones ya aceptadas bajo la jurisprudencia. En esta etapa se lleva a cabo el control de convencionalidad”.⁴²¹

⁴²⁰ *Ídem.*

⁴²¹ *Ídem.*

En principio, los dos métodos básicos en materia de derechos humanos, conforme al artículo primero constitucional, son el de interpretación conforme y *pro persona*.

Como el mismo manual lo señala, la interpretación conforme “no es una técnica de interpretación adicional a las ya existentes, es más bien, aquella de todas las anteriores que va más “conforme” con la Convención o con la jurisprudencia de la Corte IDH”.⁴²²

A lo largo de esta investigación se explicó que a la luz de la CADH, la interpretación conforme, desde la perspectiva del *Corpus Iuris Interamericano*, encuentra su fundamento en el artículo 29 de dicha Convención y con base en él, no se puede inaplicar su contenido, pretextando disposiciones de derecho interno, ni ser regresivos a lo que ya ha interpretado la Corte IDH; sin embargo, el dar cabal cumplimiento a tal previsión se complica cuando en un régimen dualista, prevalece el derecho interno y por lo tanto, las autoridades internas deben aplicar de forma preferente las restricciones previstas en la Constitución de un Estado, aún y cuando resulten contrarias al estándar internacional, como ha venido sucediendo en el caso mexicano.

Si bien, en México hay quienes opinan que a la luz de la soberanía constitucional, debe prevalecer la restricción prevista en el texto de la Constitución, lo cierto es que, bajo el principio *pacta sunt servanda*, por el cual se aceptaron los tratados en materia de derechos humanos, así como la competencia y jurisdicción de la Corte IDH, el Estado Mexicano no sólo estaría incumplimiento sus obligaciones internacionales, sino su propio parámetro de regularidad constitucional, ya que para que un tratado le sea obligatorio, debió cumplirse con el trámite de aprobación que la propia Constitución prevé.

Este criterio lo sostenemos sólo por lo que respecta a las obligaciones expresamente previstas en los tratados. En las que han derivado de la interpretación

⁴²² *Ibidem*, p. 13.

de la Corte IDH, ya se ha expuesto que deben ser materia de análisis, en una investigación posterior.

Por otro lado, también existe un problema en el método de interpretación *pro persona*, sobre todo en controversias entre particulares, para identificar a cuál de ambas partes se le favorecerá en la sentencia, con la visión *pro persona*.

Es un hecho que para diversos casos, como aquellos en donde resulta aplicable el Protocolo para juzgar con perspectiva de género, emitido por la SCJN, se han fijado parámetros para identificar a cuál de ambas partes proteger, considerando el nivel económico de una frente al otro; el nivel de estudios; la posibilidad de que uno ejerza poder o sumisión frente al otro; verificar si existen elementos de violencia física o psicológica de uno contra otro, entre otros. Tener esa base de referencia, ayuda a saber quién de ambas partes puede resultar menos favorecido y por lo tanto, al analizar el caso, hacer la debida ponderación para brindarle mayor protección que le garantice en el proceso el ser tratado en un plano de igualdad. Pero en otro tipo de controversias que no tengan que ver con género, la situación se complica más.

Recuerdo entre las muchas sentencias que fueron materia de revisión para esta investigación, pero que finalmente no fue seleccionada por haber resultado revocada en revisión de amparo, emitida por el Tribunal Agrario, por virtud de la cual, arguyendo suplencia de la queja, se había tenido por interpuesta una acción diferente a la que promovieron los ejidatarios, incluso fuera del plazo legal, que tuvo como consecuencia el que se ordenara anular una asamblea ejidal, con todo lo que en ella se había decidido.

Dicho Tribunal argumentó que, protegiendo los derechos humanos de los impugnantes, que eran minoría, inaplicaba las disposiciones que preveían un plazo para promover el recurso y a su vez, corrigió el tipo de acción intentada, para que fueran debidamente escuchados y tomados en cuenta. Obviamente el Tribunal Colegiado que resolvió el amparo en revisión le corrigió la plana al Tribunal Agrario y determinó que haber enderezado por completo la vía intentada, pasando por alto

la extemporaneidad en la presentación del recurso no era control *ex officio* para la protección de derechos humanos de los impugnantes, puesto que en su recurso no se había cuestionado en ningún momento la inconstitucionalidad o inconveniencia de las normas que rigieron la asamblea de ejidatarios, ni tampoco las que establecían las vías ordinarias de impugnación o los plazos fijados en la ley para promoverlos, sino que simplemente, se les había prácticamente abierto una vía especial de defensa, en donde el Tribunal no solo suplía la deficiencia de la queja, sino que se convertía en el actor y en el juez, al mismo tiempo. Por supuesto revocó la sentencia del Tribunal Agrario y aprovechó a fijar los parámetros a los que debe ceñirse un tribunal al realizar una interpretación *pro persona* de las disposiciones jurídicas.

Dicho caso es un buen ejemplo respecto a la dificultad que supone para los operadores de justicia y para cualquier autoridad, interpretar los derechos bajo el principio *pro persona*.

Es por ello que en esta investigación se hace tanto énfasis en que debe existir una metodología homologada a la que realizan los juzgadores, que pueda ser aplicada por todas las autoridades, previa capacitación y que permita emitir actos de autoridad buscando realmente promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, sin llegar a excesos y sin arbitrariedades.

“ETAPA 8. Valoración de la prueba. En esta etapa se trata de revisar la necesidad de emitir una prevención a las partes por falta de alegación, falta de presentación de pruebas, o si lo estimara conveniente por alguna otra razón procesal. Además, se debe recopilar y ponderar los diferentes elementos de convicción de la persona juzgadora y exponer su veredicto de forma comprensible y transparente”.⁴²³

En el derecho procesal mexicano, por lo general, el ofrecimiento de pruebas se realiza desde la presentación de la demanda o el acto por el cual se da inicio al

⁴²³ *Ibidem*, p. 12.

proceso y se valoran, una vez desahogada la secuela procesal, de forma posterior a que se emiten los alegatos por las partes.

Las materias de estricto derecho como el civil, contencioso administrativo o fiscal, no permiten que los jueces puedan allegarse de elementos de prueba, que no hayan sido ofrecidos por las partes.

Hoy que la materia penal ha migrado al sistema acusatorio, tampoco permite que el Juez pida oficiosamente allegarse de elementos de prueba. Si la fiscalía no logra probar su acusación, más allá de toda duda razonable, debe declarar inocente al imputado.

Sólo en materias como la familiar, la laboral o la agraria durante el proceso, el órgano jurisdiccional puede tomar varias acciones que le permitan allegarse de pruebas para mejor proveer, pero todo ello es antes de entrar al análisis que implica la etapa 7 prevista en este Manual.

Por lo tanto, esta propuesta del Manual THEMIS, no resultaría aplicable en el orden que lo prevé, al caso mexicano.

“ETAPA 9. Subsunción. Relacionar los hechos probados con la norma relevante y su interpretación”.⁴²⁴

Una vez fijada la litis y detectada la o las normas aplicables al caso, sean de fuente nacional o internacional, la subsunción se facilita, siempre que no haya variables que dificulten ese proceso.

En el caso más reciente analizado en la SCJN en razón de la prisión preventiva oficiosa, la argumentación expuesta en el primer proyecto que el Ministro José María Aguilar presentó para discusión en el Pleno, respecto a inaplicar el artículo 19 Constitucional, demuestra que el ejercicio de subsunción no es automático y que justo en esta etapa, entra en juego el criterio del juzgador o a quien corresponda resolver la problemática planteada.

⁴²⁴ *Ídem.*

Sobre dicho asunto hay quienes estiman que la SCJN puede determinar inaplicar un artículo constitucional, por ser contrario al estándar internacional por ser justo la competencia del Tribunal Constitucional de un país y hay quienes definitivamente, se han decantado por estimar que un poder constituido como la SCJN, no puede inaplicar disposiciones constitucionales, que es la norma que la creó, ésta última postura es la que comparte la autora de esta investigación.

Este debate al que nos hemos referido, es similar al que se ha desatado en modalidad de críticas al desempeño de la Corte IDH, al interior del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, respecto a si siendo un Tribunal creado para interpretar los tratados del Sistema Interamericano, su función de interpretación puede ir más allá de su letra, al grado de generar para los Estados parte obligaciones adicionales a las que se quisieron comprometer y que no están contempladas en el propio tratado.

En palabras de la relatora Correa, a raíz del desarrollo de la teoría constitucional contemporánea, tenemos a un “juez del siglo XXI, como una entidad de mucho poder, inclusive arrogándose poderes del ámbito legislativo”⁴²⁵, pues por vía de la función de interpretación y argumentación, han de *facto* legislado en muchos casos, han ido creando contenidos adicionales a los derechos humanos, pero también han creado obligaciones más allá de los previsto en las normas jurídicas.

En el siglo XXI, tenemos jueces fortalecidos frente a parlamentos disminuidos, que por falta de preparación en materia de derechos humanos, han sido hechos a un lado por los jueces y éstos han asumido la función legislativa *de facto*.

Éste resulta ser un debate muy interesante que quizá valga la pena desarrollar con mayor detalle en un trabajo de investigación posterior, pues no es nuevo el debate relativo al alcance de las atribuciones de los jueces, que en su momento fue planteado entre autores como Hart y Dworkin en el siglo pasado, pero que hoy por

⁴²⁵ Minuta del Comité Jurídico Interamericano del 15 de febrero de 2021, con registro OEA/Sec. General/DIDI/doc.1/21, *op. cit.*, p. 20.

hoy, sin duda sigue en voga. Hasta dónde llega la atribución de interpretación y argumentación de un juez y hasta que grado suple al legislador, en flagrante violación al principio de equilibrio de poderes.

Justo es el debate alrededor de la prisión preventiva oficiosa en nuestro marco constitucional, que por ahora dejaremos hasta aquí.

Baste decir que la etapa de subsunción es determinante, pues la sentencia puede ser un mero ejercicio de aplicación de la norma al caso práctico o bien, vía interpretación, ir mucho más allá de lo que el propio texto normativo prevé.

“ETAPA 10. Elaboración de la sentencia o del alegato. La tarea consiste en desarrollar una sentencia o alegato que contenga todos los elementos en los que se basa; significa describir los hechos probados y no controvertidos, las consideraciones fundamentales de la valoración de la prueba y las normas aplicadas con su respectiva interpretación. Dependiendo del estado del litigio, se pueden omitir etapas. Si p.ej. en la etapa de admisibilidad se constata la inadmisibilidad de una demanda, no es necesario examinar las demás etapas que siguen”.⁴²⁶

En México, la sentencia es la resolución a través de la cual el Juez concluye un proceso. El Juzgador deberá valorar si es procedente o improcedente la admisión de una demanda, desde el momento en que la recibe y no hasta la emisión de la sentencia.

Sin embargo, se coincide con el método THEMIS que en la etapa de elaboración de sentencia es en la que se refleja, ya sea de forma oral o escrita, el proceso de evaluación mental que haga la autoridad, respecto del caso que se sujetó a su análisis o estudio y entonces determine si se actualizó un supuesto de violación a derechos humanos o no.

Hasta aquí dejamos la referencia al Manual Práctico elaborado en el ámbito interamericano, que presenta una propuesta de cómo ejercer el control *ex officio* de

⁴²⁶ *Ídem.*

los derechos humanos, el cual también ha servido de referencia, para la propuesta que se presenta a continuación.

VI.3. Propuesta de Manual de Actuación dirigido a las autoridades mexicanas para realizar control difuso *ex officio* de los derechos humanos.

Ante la pregunta planteada en esta investigación respecto a ¿Cómo lograr que todas las autoridades de nuestro país cumplan con su obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos prevista en el artículo primero Constitucional? Se propone establecer una metodología homologada a la que realizan los jueces, que se plasme en un Manual de Actuación para que toda autoridad sepa los pasos a seguir para realizar su función de control *ex officio* de los derechos humanos.

Mientras más transparente y sistematizado se realice el ejercicio de control *ex officio* de los derechos humanos por todas las autoridades de nuestro país, será más probable que se homologuen criterios y se logre la debida protección para todas las personas.

La jurisprudencia internacional y la nacional han determinado que tanto la constitución, como los tratados y las interpretaciones que se plasmen tanto en las sentencias (las de medidas provisionales, las de fondo y reparaciones, y las de supervisión de cumplimiento), como en la opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH conforman el *corpus iuris interamericano* o también llamado *ius constitutionale comune americanum*, todo lo cual conforma el parámetro de regularidad constitucional de nuestro derecho mexicano.

Como todas las autoridades están obligadas a apegar su actuación a dicho parámetro de regularidad constitucional, deben tener una preparación especializada y profunda.

Lograr que dichas autoridades, incluso las que no tienen formación jurídica, cuenten con un bagaje de conocimiento tan amplio y vasto, resulta una tarea verdaderamente titánica, pero quizá no imposible, si los dotamos de una

metodología plasmada en un manual de actuación que les explique en qué consiste su obligación de control *ex officio* de los derechos humanos y cómo cumplirla, dotándolos de las herramientas tecnológicas de consulta de la jurisprudencia interamericana y nacional, que faciliten su tarea.

Como hemos sostenido en esta investigación, para que se pueda dar efectivo cumplimiento a las prescripciones normativas previstas en el artículo primero Constitucional, debemos capacitar a nuestras autoridades, debemos dotarles de la formación y los recursos necesarios. Una solución que estimamos perene, como la construida desde la jurisprudencia nacional, que prácticamente elimina el control difuso y devuelve el control *ex officio* de los derechos humanos a los Tribunales de control concentrado, no se estima correcta, sino regresiva e inconvencional.

Prever que mediante una simple mención en el sentido de que la autoridad de que se trate, no considera o no detecta ninguna violación a los derechos humanos de los peticionarios, aún y cuando éstos hagan ver la posible violación, al menos de forma somera, es suficiente para que el tribunal de alzada o el de control concentrado estime que se cumplió con la obligación de haber realizado un control *ex officio* de los derechos humanos, es un pésimo precedente y poco abona a que se dé eficaz y eficiente cumplimiento al artículo primero constitucional.

Lo que se debe hacer es preparar académicamente tanto a las autoridades mexicanas, como a todas las personas que residen en nuestro país, avanzar en una política de Estado verdaderamente comprometida con los derechos humanos.

No se pierde de vista que un ejercicio macro de formación académica como el que se está proponiendo, implica sin duda una labor de alto impacto presupuestal, pero no sólo eso, sino que requiere de un importante lapso de tiempo para implementarlo; sin embargo a mediano plazo, la inversión que se haga al respecto, resultará considerablemente mejor en cuanto al resultado que se puede alcanzar y a largo plazo disminuirá el gasto que actualmente se eroga por el importante crecimiento en las cargas de trabajo (y por consecuencia, de plantillas de personal para su atención) que se registran en autoridades administrativas como las

Comisiones Nacional y Estatales de Derechos Humanos, las Comisiones Nacional y Estatales de Atención a Víctimas y las Comisiones Nacional y Estatal para la búsqueda de personas desaparecidas; las especiales creadas en el ámbito del Congreso de la Unión y de los Congresos de los Estados (con resultados poco claros) para investigar casos relevantes de violaciones a derechos humanos, como por ejemplo en los eventos sucedidos en Ayotzinapa o Aguas Blancas, entre otros, además del importante número de carperas de investigación ante la Fiscalía Nacional y las Fiscalías Estatales por la misma razón, algunas de las cuales se logran judicializar ante los Tribunales Federales y Locales.

Es menester hacer consciencia de que es indispensable iniciar este proceso de formación académica pronto y bajo una metodología homologada a la que aplican los juzgadores, plasmada de manera práctica en un Manual de actuación.

Para que las autoridades puedan aplicar este Manual de Actuación en materia de derechos humanos, se debe partir de la premisa de que todas las autoridades, inmediatamente después a que tomen protesta de su cargo, deberán tener una “inducción” o un curso propedéutico de preparación general para entender qué es el control difuso *ex officio* de los derechos humanos, cual es el marco jurídico que la da sustento, pero sobre todo, cómo vincula a las autoridades y cuál es la metodología a seguir para aplicarlo.

Cabe precisar que este Manual de Actuación está dirigido a las autoridades que ejecutan funciones formal y materialmente administrativas y jurisdiccionales, no así a quienes ejercen funciones legislativas, pues para ellos se ha propuesto, en otro apartado de este documento, el que se cree un órgano *ex profeso* al interior de la Cámara de Senadores, para realizar un diagnóstico de verificación de la legislación federal vigente, a la luz del parámetro de regularidad constitucional, que permita ir haciendo las reformas correspondientes, el cual se coordine con un órgano equivalente al interior de los Congresos Estatales, para cumplir con la obligación de ir adecuando la legislación interna al estándar interamericano.

Hecha tal precisión, señalamos que la metodología sugerida, que se presenta en formato de Manual de actuación, consta de cinco etapas generales, que se explican a continuación.

ETAPA 1.

IDENTIFICACIÓN DEL MARCO JURÍDICO PREVISTO EN EL PARÁMETRO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL QUE REGULA LAS FUNCIONES Y FACULTADES DE LA AUTORIDAD EN LA QUE SE DESEMPEÑA LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Si bien, toda autoridad al tomar protesta de su cargo, lo primero que debe de hacer es consultar y estudiar el marco jurídico que regula la Institución Pública en la que se va a desempeñar y, sobre todo, la normatividad específica que regula sus funciones y facultades no siempre sucede esto.

Así que parte del proceso de inducción y uso de este Manual, implica obligar al servidor público a hacer ese ejercicio general de revisión del marco jurídico, pero no sólo en el ámbito nacional, es decir, la Constitución Mexicana, las Leyes, Reglamentos y Lineamientos específicos, sino también de las disposiciones del *corpus iuris interamericano* que debe conocer toda autoridad mexicana para el desarrollo de su función, sugiriendo deban ser al menos, estas 10 disposiciones:

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.
2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
3. CADH o también llamado "Pacto de San José".
4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
5. Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador").
6. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
7. Convención sobre los Derechos del Niño.
8. Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura.

9. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, y
10. Convención Internacional para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Es importante señalar que dicho catálogo se podrá extender de acuerdo con las funciones específicas que tenga a cargo cada Autoridad, por ejemplo, las responsables de seguridad social, deberán incluir los Convenios de la OIT y sus protocolos específicos, o quienes tengan a cargo funciones de comercio exterior, deberán incluir los Tratados de Libre Comercio, o quienes tengan funciones de extradición, tendrán que sumar necesariamente los tratados que sobre la extradición ha celebrado México y así en cada caso particular.

ETAPA DOS.

EVALUACIÓN DEL CONOCIMIENTO ADQUIRIDO RESPECTO DEL MARCO JURÍDICO QUE REGULA SUS FUNCIONES Y CAPACITACIÓN PERMANENTE.

En teoría, todas las instituciones públicas tienen dentro de su estructura orgánica un área de capacitación, ya sea que cuenten con un servicio profesional de carrera o no, así que a través de dichas áreas se pueden impartir estos cursos de inducción, pero sobre todo, aplicar las evaluaciones que permitan verificar que los servidores públicos han adquirido el conocimiento general del Manual y del marco jurídico que regula sus funciones, de tal forma que comprendan la alta responsabilidad que tendrán a cargo en materia de derechos humanos.

La primera evaluación será de diagnóstico y cada institución deberá establecer un programa de reforzamiento, capacitación y formación focalizado a cada servidor público, de tal forma que puedan garantizar que han adquirido al menos el conocimiento general del parámetro de regularidad constitucional y que han entendido la obligación de promoción, respeto, protección y garantía que tienen respecto de los derechos humanos de las personas, destinatarias finales de la función pública.

Puede ser que las atribuciones que tiene un servidor público no necesariamente impactan de forma directa a las personas, puesto que su función es parte de un proceso. Sin embargo, esto no cambia la obligación que tienen como autoridades y que, en cada uno de los procesos a cargo, exista esta visión de garantía de los derechos humanos.

Además, como el derecho es dinámico, las disposiciones en materia de derechos humanos también lo son, y sobre todo la generación constante de jurisprudencia interamericana y nacional. Esto tiene que ser parte de la formación permanente que deben tener todos los servidores públicos, para que estén actualizados y logremos como Estado mexicano, cumplir con el mandato constitucional de forma eficaz y eficiente.

Por tal motivo es que se insiste en la necesidad de capacitarlos en el uso de las herramientas tecnológicas que ya existen, para facilitar la jurisprudencia interamericana y la nacional, que ya encuentra una estructura temática, que facilita su consulta.

ETAPA TRES.

APLICACIÓN EN LOS CASOS CONCRETOS.

En los casos concretos se debe partir de identificar el contexto del caso, respondiendo a las preguntas ¿Cuál es el asunto a resolver? ¿Cuál es la pretensión o demanda del peticionario? ¿Cuáles son los hechos en los que se basa?

Es lo que los jueces denominan como “fijar la litis”. Toda autoridad, lo primero que debe hacer, es ubicar el contexto del caso, sin entrar en consideraciones jurídicas, sino solamente conocer la petición que se le está planteando y los hechos en los que se sustenta, para poder identificar si existe algún derecho humano en juego o bien, no hay ningún riesgo de vulneración a los derechos humanos.

Debe leer el escrito de petición y los documentos que le acompañan para probar el dicho de quien se dirige ante la autoridad, para determinar si el asunto que

se le plantea es de su competencia, si cumple con los requisitos, si es jurídica y materialmente posible lo que pide, entre otros aspectos.

Para tal fin deben tener la capacidad de observación, síntesis y abstracción de lo que le plantea el peticionario, los hechos en los que basa su pretensión y antes de verificar el marco normativo, mediante el uso del sentido común, determinar si con base en el contexto real que le están planteando, es un asunto que le corresponde resolver, para después saber si dentro de lo que se le solicita existe un riesgo de violación a algún derecho humano, o bien, si conforme a lo narrado, pareciera que un derecho humano se ha violado y es necesario realizar un ejercicio de control *ex officio*, para restituirlo.

ETAPA CUATRO.

DETERMINACIÓN DEL MARCO JURÍDICO ESPECÍFICO QUE REGULA EL CASO.

Si bien partimos del hecho de que cada servidor público contará con una formación general sobre derechos humanos, que habrá recibido en su curso de inducción y las capacitaciones posteriores, ante el caso práctico, habrá que revisar las disposiciones específicas.

Este proceso implica, a su vez, subetapas o procesos, como los siguientes:

1. Identificar las normas aplicables al caso, con base en su competencia, que por lo general estarán en un lineamiento, un manual de organización o procedimientos, en unas políticas o bases generales de actuación, como cualquier normatividad interna de una institución pública. Cuando el servidor público pueda identificar o, la parte peticionaria se lo haga ver, que dichas normas internas pueden resultar contrarias a las leyes o al parámetro de regularidad constitucional, entonces deberá hacer una verificación del resto del marco normativo aplicable al caso.

2. En la verificación del resto del marco jurídico aplicable al caso, debe aplicar el método inductivo, yendo de lo particular a lo general, para identificar si habrá necesidad de hacer un ejercicio de control *ex officio* de los derechos humanos.
3. Si la autoridad por sí misma tiene la sospecha de que la norma que debe aplicar a un caso, puede resultar violatoria de derechos humanos, puede avanzar en las siguientes etapas para estar seguro de que su actuación es apegada al parámetro de regularidad constitucional.
4. Si el peticionario es quien en sus manifestaciones aporta narrativas o describe hechos haciendo valer la vulneración de sus derechos humanos, el servidor público deberá verificar dicha situación, conforme a las siguientes etapas.
5. En cualquier caso, debe explicar con diversos argumentos la decisión que adopte, es decir, debe dar razones por las cuales no considera que se esté violando algún derecho o bien, que sí se puede violar o se ha violado algún derecho, ya que conforme a lo previsto en los artículos 14 y 16 constitucionales, todo acto de autoridad debe estar fundado y motivado.
6. Cuando la autoridad tenga dudas respecto a la interpretación que está haciendo del caso, puede dirigirse mediante consulta al área jurídica competente a la institución a la que pertenece.
7. El área jurídica que sea consultada, deberá emitir su opinión, no sólo basado en su marco normativo interno, sino a la luz del parámetro de regularidad constitucional.

Para cumplir con esta etapa, se puede consultar las herramientas tecnológicas siguientes:

- a) El Digesto generado por la Corte IDH o la consulta de jurisprudencia temática disponible en la página:
<https://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm>
- b) Cuadernillos de jurisprudencia de la Corte IDH, que son cuadernillos temáticos que publica cada cierto periodo sobre las sentencias más relevantes emitidas por tema, disponible en: *<https://www.corteidh.or.cr/publicaciones.cfm>*

c) Buscador Jurídico, plataforma de consulta y localización de información jurídica, la cual contiene Sentencias, Votos, Tesis, Acuerdos Generales, Ordenamientos, Acervo Bibliotecario, Versiones Taquigráficas, pero también una liga directa a: Sistema de Naciones Unidas; Corte IDH; CIDH; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Corte Internacional de Justicia; Tribunal Constitucional de España; Corte Constitucional de la República de Colombia; Tribunal Constitucional de Chile; Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, que como podemos ver, nos abre un gran espectro de consulta, no sólo para verificar el marco jurídico, sino incluso, para poder consultar el estándar internacional y hasta de derecho comparado sobre los temas que se tengan que revisar, disponible en: <https://bj.scjn.gob.mx/>

Con estas tres herramientas tecnológicas se puede hacer una revisión del marco normativo y con ello fijar cuáles son las normas del parámetro de regularidad de constitucionalidad que resultan aplicables al caso.

ETAPA CINCO.

EJERCICIO DE CONTROL *EX OFFICIO*.

Para saber el tipo de control *ex officio* de los derechos humanos que le compete aplicar, conforme a la jurisprudencia nacional, debe consultar el siguiente esquema:

Órganos de control concentrado (SCJN-TCC)	Tribunales ordinarios de primera instancia o tribunales por materia (TFJA-TFCA-TSA)	Las demás autoridades
<ul style="list-style-type: none"> • Declarar la inconstitucionalidad y expulsar del orden jurídico la norma así como inaplicar, fijando jurisprudencia. 	<ul style="list-style-type: none"> • Inaplicar la norma. 	<ul style="list-style-type: none"> • Interpretación conforme y pro persona sin mayor consecuencia respecto a la validez de la norma.

Una vez que cada autoridad identifica el tipo de ejercicio que debe realizar, podemos explicar lo que toca hacer a cada una, en sentido inverso al que dice el esquema, es decir, hablando del resto de las autoridades, a las jurisdiccionales de control difuso y las de control concentrado.

En esta etapa se debe dar respuesta al cuestionario que se generó en las etapas anteriores, que surgen a partir de analizar de situar el caso y el contraste con el marco jurídico a aplicar, para poder generar las respuestas.

Sin embargo, esas respuestas irán en función del alcance que puede tener cada autoridad.

1. Las demás autoridades

Con base en lo que hemos expuesto en este trabajo, derivado del desarrollo jurisprudencial nacional con el que se ha ido conformando la doctrina alrededor del control *ex officio* de los derechos humanos, toda autoridad que no sea un tribunal, sólo pueden realizar una interpretación conforme o *pro persona*, de las normas que rigen su actuar.

Puesto que el control *ex officio* fue un método o herramienta de interpretación que debían aplicar sólo los jueces, sólo a éstos se les autorizó a que pudieran inaplicar las leyes nacionales, cuando al contrastarlas con el parámetro de regularidad constitucional, las consideraran violatorias de los derechos humanos.

En ese sentido, para efectos de nuestra investigación, estimaremos como “las demás autoridades”, las que formal y materialmente realizan funciones administrativas, dejando aparte a las autoridades formalmente legislativas.

Esto es así, porque como señalamos en apartados anteriores, si bien los legisladores también deberían contar con un curso propedéutico o de inducción, previo a iniciar su función legislativa, me parece que considerar que sólo pueden realizar interpretación conforme o *pro persona*, como lo marca la jurisprudencia, es verdaderamente limitado y hasta absurdo.

Los legisladores, sobre todo los federales, no sólo son el Poder facultado para hacer las Leyes, sino que forman parte del Poder Constituyente, junto con la mayoría de las legislaturas de las treinta y dos entidades federativas. Ellos, los del Poder Constituyente, tienen la facultad de reformar y hasta derogar la Constitución, por lo tanto, no pueden ser considerados como el resto de las autoridades.

El Congreso de la Unión, no sólo puede interpretar conforme, sino que debe ajustar su actuación al parámetro de regularidad constitucional, pues así lo ha determinado la propia jurisprudencia interamericana que es obligatoria para todo el Estado Mexicano y es obvio que tanto el Congreso de la Unión, los Congresos de los Estados, como el Poder Constituyente, se encuentran sometidos a dicha obligación. Luego entonces, dejamos fuera de este apartado a los legisladores.

Dicho esto, retomaremos que aquellas autoridades que realizan una función formal y materialmente administrativa, para realizar control *ex officio* de los derechos humanos, una vez que hayan identificado el parámetro de regularidad constitucional aplicable al caso, contrastando con el caso concreto, deberán:

- a) Realizar una interpretación conforme en sentido amplio, en la que deben partir de la regularidad constitucional de las leyes y la Constitución.
- b) Realizar una interpretación conforme en sentido estricto y, sin hacer pronunciamiento respecto a si la norma específica aplicable al caso es legal o ilegal; constitucional o inconstitucional; o bien, convencional o inconvencional, interpretar con base en el principio *pro persona* y aplicar la disposición que resulte mayormente protectora al caso concreto.

En esta etapa es muy importante dejar claro que como no tienen atribuciones para inaplicar leyes, no deben inmiscuirse en ese proceso, ya que está reservado a las autoridades de control difuso. En cualquier caso, si el ciudadano no está de acuerdo con lo decidido, tiene a salvo sus derechos para hacerlos valer ante la instancia competente.

Ahora bien, surge el cuestionamiento de ¿si una actuación como la que se propone para estas autoridades podría resultar en alguna responsabilidad administrativa?

En opinión de quien presenta esta propuesta, la respuesta es no, de ninguna manera puede implicar una responsabilidad administrativa ni sanción para el servidor público que al aplicar el parámetro de regularidad constitucional, proteja, promueva, respete y garantice los derechos humanos de los gobernados, aplicando

el criterio que mayormente favorezca a la persona, pues su actuación estará dando cabal cumplimiento al artículo primero constitucional, siempre que su decisión o resolución esté debidamente fundada y motivada.

Muchas veces las disposiciones administrativas, como las normas, lineamientos, políticas y bases de actuación son disposiciones desactualizadas, que se vienen utilizando de muchos años atrás y quedan alejadas de los últimos criterios protectores de derechos humanos.

Mantener la visión de que el servidor público debe aplicar la norma inmediata, aún y cuando existan disposiciones más protectoras y de mayor jerarquía normativa, es mantener el vicio que obliga al ciudadano a tener que acudir a una vía de impugnación, para que se protejan sus derechos humanos y esto es ir en contra del estándar internacional.

Lo que se busca con este Manual es justamente lograr que toda autoridad pueda promover, respetar, proteger y garantizar sus derechos humanos y sólo en la medida en que les dotemos de herramientas para tales fines, daremos efectivo cumplimiento al artículo primero constitucional.

Ahora bien, la parte más complicada de este proceso es, si en el caso concreto, existe una “restricción constitucional” al derecho fundamental del que se trate, caso en el cual se deberá hacer el *test* de verificación conforme al estándar internacional corroborando si ésta es:

- a) Racional: Que tenga un fundamento jurídico expreso, pero sobre todo que sea acorde o congruente con la situación o caso del que se trate. No puede estar sujeto a arbitrariedades.
- b) Necesaria: Que en efecto hay necesidad de hacer una restricción al derecho de uno, por el bien del interés público.
- c) Indispensable: Que no existe otra manera de resolver la situación, más que restringiendo el derecho.
- d) Proporcional: Con respecto al derecho de la propia persona y respecto de terceros, que no hay un exceso; y

e) Temporal: Ninguna restricción puede ser permanente, así que puede estar sujeta a revisiones periódicas, que permitan verificar que se actualizan los criterios anteriores, es decir, que sigue siendo racional, necesaria, indispensable y proporcional, para permanecer en el tiempo.

En la decisión que tome la autoridad, deberá razonar, pero sobre todo argumentar cómo es que, desde su criterio, se actualizan los cinco criterios que se han enunciado anteriormente, que permitan justificar que su actuar es acorde al estándar interamericano y por lo tanto, se estime que la decisión cuenta con una motivación acorde con la debida garantía y protección de los derechos humanos. Hacer una simple remisión al texto constitucional, sin dotar de razones de cómo es que dicha restricción se ajusta a los cinco criterios enunciados, se estima que resultaría violatoria de los derechos humanos.

Luego entonces, para que se logre homologar la metodología del control *ex officio* de los derechos humanos, al ejercicio racional de interpretación y argumentación que realizan los jueces, aplicado por todas las autoridades de nuestro país, se propone que la jurisprudencia nacional también sea de observancia obligatoria para las autoridades que ejercen facultades que impactan en el quehacer diario de las personas, como son las autoridades administrativas, excluyendo a las autoridades legislativas, por las razones que expondremos más adelante.

Para tal efecto, se debe modificar el artículo 217 de la Ley de Amparo, que permita establecer tal obligación, en los términos siguientes:

“Artículo 217. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación será obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas, con excepción de la propia Suprema Corte.

También será obligatoria para las autoridades que realicen formal y materialmente funciones administrativas, aquella jurisprudencia que se emita conforme al párrafo anterior, siempre que su contenido y

alcance tenga por objeto establecer la manera de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

La jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación será obligatoria para sus Salas, pero no lo será la de ellas para el Pleno. Ninguna sala estará obligada a seguir la jurisprudencia de la otra.

La jurisprudencia que establezcan los plenos regionales es obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas de su región, salvo para la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los plenos regionales.

La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas de su circuito, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los plenos regionales y los tribunales colegiados de circuito.

La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

Las autoridades legislativas no deben estar comprendidas en la observancia obligatoria de la jurisprudencia nacional, pero pueden tomar en cuenta su contenido en la toma de sus decisiones.

Como ya hemos expuesto en apartados anteriores, por determinación de la jurisprudencia interamericana, el Poder Legislativo, como parte del Estado Mexicano, está obligado a su observancia, al igual que el Poder Constituyente, así que dichas instancias quedan fuera del ámbito de aplicación de esta propuesta de Manual de Actuación.

2. Las autoridades jurisdiccionales de control difuso.

Conforme a la jurisprudencia que rige nuestro país, las autoridades jurisdiccionales de control difuso -que por eliminación- son todas aquellas que no son de control concentrado (Juzgados de Distrito, Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, Salas y Pleno de la SCJN), al realizar el ejercicio de control *ex officio*, una vez que han efectuado una interpretación conforme en sentido amplio y una sentido estricto, pueden determinar la inaplicación de la norma, pero siempre deberán fundar y motivar su decisión.

No se hace mayor desarrollo en este aspecto, pues la jurisprudencia les resulta obligatoria, por determinación del artículo 217 Ley de Amparo.

Nos ceñiremos a decir que deben realizar:

- a) Interpretación conforme en sentido amplio.
- b) Interpretación conforme en sentido estricto, buscando salvar la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas, aplicando en su caso, el *test* de las restricciones constitucionales, si es que fuera el caso buscando siempre la interpretación más amplia y protectora a la persona, conforme al principio *pro persona*.
- c) Cuando no exista forma de salvar la interpretación conforme, inaplicar la disposición que resulte inconstitucional-inconvencional, que de ninguna manera podrá tratarse de una disposición de rango constitucional.

3. Las autoridades jurisdiccionales de control concentrado

Las autoridades de control concentrado, por su propia función, tienen plenas y amplias facultades de análisis y determinación, no sólo respecto al análisis de una norma a la luz del parámetro de regularidad constitucional, sino incluso, de declararla inconstitucional y expulsarla del sistema jurídico mexicano.

Lo relevante en este punto, justo en el debate alrededor de los proyectos a las acciones de inconstitucionalidad 130/19 y su acumulada 136/19, promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y algunos integrantes de la Cámara de Senadores, contra disposiciones del Código Fiscal de la Federación para prever como delitos de prisión preventiva oficiosa, conductas ilícitas de tipo fiscal, del cual

es ponente el Ministro Luis María Aguilar Morales; así como el proyecto del amparo en revisión 355/21, respecto de la aplicación de la prisión preventiva oficiosa a delitos no incluidos en el catálogo del artículo 19 constitucional, ha puesto sobre la mesa el debate de si la SCJN, como Tribunal Constitucional, puede inaplicar un artículo de la Constitución, como es el propio 19, por estimar que es claramente inconveniente y alejado del estándar interamericano, o bien, si no puede hacerlo, al ser una facultad que está reservada al Poder Constituyente.

Este debate resulta interesante, sobre todo si recordamos que en este mismo capítulo hemos mostrado que dentro de los órganos de la OEA, el Comité Jurídico Interamericano ha hecho justamente el mismo cuestionamiento respecto de los alcances y facultades de la Corte IDH.

Dicen los integrantes de ese Comité, que la Corte IDH se ha excedido en sus atribuciones, pues si bien está dentro de su facultad interpretación la CADH y sus Protocolos adicionales, así como demás instrumentos interamericanos que prevén derechos humanos, no debería estar legislando y creando mayores obligaciones a los Estados, de los que se ellos quisieron contraer.

Por ejemplo, cuando un arrendador celebra un contrato de arrendamiento de un inmueble, su obligación consiste en entregar el bien en buenas condiciones para su uso adecuado, con base en las cláusulas de un contrato que fija tal obligación, Sin embargo, lo que ha pasado con la Corte IDH que, al ser un Tribunal de Protección de Derechos Humanos, al interpretar y llenar de contenido dichos derechos, ha ido sumando obligaciones a los Estados.

Así, siguiendo con el ejemplo, es como si, a partir del contrato de arrendamiento, el Tribunal señalara que para proteger el derecho a una vida digna del arrendatario, el arrendador deberá amueblar el inmueble y pagar los servicios de luz, agua, teléfono y gas; o que para proteger su derecho a la salud y a la alimentación, debe proveer de un refrigerador y de los alimentos que deba consumir el arrendatario para su sano desarrollo físico, o bien que para proteger su derecho

a un ambiente sano, deba proveer filtros de aire, aire acondicionado o calefacción sea el caso.

Dichas obligaciones se exceden por mucho a lo que el arrendador se habría querido comprometer, pero como hay que proteger los derechos humanos, se justifica ir sumando obligaciones y dicen los integrantes del referido Comité, al analizar la actuación de la Corte IDH, que eso excede en mucho las atribuciones de la misma. Que no puede ser que un órgano creado para interpretar el tratado, ahora se haya convertido en un legislador *de facto* y vaya más allá del propio tratado.

Bueno pues algo así se está discutiendo en la SCJN sobre el alcance de las facultades del Tribunal Constitucional. Si siendo un Poder Constituido, puede decidir inaplicar la Constitución que la creó.

Hay posturas encontradas y el tema no está resuelto, pero en esta investigación nos decantamos por la postura de que si bien, el Tribunal Constitucional de nuestro país puede interpretar la Constitución y al detectar una antinomia, entre las normas de la Constitución y las que forman parte del parámetro de regularidad constitucional, que incluyen los instrumentos internacionales, con base en el principio *pro persona*, sin inaplicar una norma constitucional, ni tampoco expulsarla del marco jurídico, debe arribar a la interpretación que resulte más favorable a la persona, para el caso concreto, sólo para los casos de efectos *inter partes*, es decir, las revisiones de amparo, pero no para los que tiene efectos *erga omnes*.

Se afirma que el Tribunal Constitucional no tiene facultades para inaplicar una norma constitucional ni determinar su expulsión del marco jurídico, porque en efecto, las reformas a la Constitución son una facultad exclusiva del Poder Constituyente, como lo prevé el artículo 135 Constitucional, conforme a lo siguiente:

Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos

presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Incluso en caso de rebelión, la Constitución no pierde su vigencia y ésta es inviolable, como lo prevé el artículo 136, que se transcribe a continuación:

Artículo 136. Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.

Luego entonces, en una interpretación sistemática de los artículos 1º, 103, 105, 107, 135 y 136, se estima que la SCJN puede interpretar para casos concretos, pero no inaplicar ni expulsar de nuestro marco jurídico, disposiciones constitucionales.

En este sentido, para los casos cuyo trámite tendrá efectos *erga omnes* como acciones de inconstitucionalidad o controversias constitucionales, se propone que la SCJN resuelva dando prevalencia al dispositivo constitucional, sin inaplicar ninguna disposición del texto constitucional y con copia de la resolución, dirigirse por escrito al Presidente del Congreso de la Unión, informando a detalle del problema de constitucionalidad detectado, quien a su vez, deberá informarlo al Pleno, ordenando que se genere la Iniciativa de reforma constitucional como iniciativa de estudio preferente, para que sea sujeta de análisis, conforme al trámite de las reformas constitucionales y sea el Poder Constituyente quien decida.

Esto es, en respeto a la división de poderes y a la propia Constitución.

Con base en lo anterior, las autoridades de control concentrado deben seguir los pasos siguientes:

- a) Interpretación conforme en sentido amplio.
- b) Interpretación conforme en sentido estricto, buscando salvar la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas, aplicando en su caso, el test de las restricciones constitucionales, si es que fuera el caso buscando siempre la interpretación más amplia y protectora a la persona, conforme al principio *pro persona*.
- c) Cuando no exista forma de salvar la interpretación conforme, inaplicar la disposición que resulte inconstitucional-inconvencional, que de ninguna manera podrá tratarse de una disposición contenida en el texto de la propia Constitución.
- d) Para casos de control concentrado que tienen efectos *erga omnes* y que impliquen llegar a la conclusión de que se debe inaplicar una norma contenida en la Constitución, resolver dando prevalencia al texto constitucional y con copia de la sentencia, remitir comunicación al Presidente del Congreso de la Unión, para que como iniciativa preferente, presente la propuesta de reforma Constitucional, con base en los argumentos que le haga llegar la SCJN, para que se inicie el trámite y análisis de la iniciativa de reforma y sea el Poder Constituyente de nuestro país quien decida en definitiva.

Esta propuesta se hace, regresando a lo visto en el primer capítulo de esta investigación en la que nos referimos a la democracia como condición indispensable para la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos.

En un sistema democrático, bajo la concepción tradicional de división de poderes y facultades, un poder limita al otro y por ese motivo, el Poder Judicial, si bien es el intérprete final de la constitución, bajo el ejercicio de control concentrado, también debe tener límite y éste consiste precisamente en no inaplicar disposiciones constitucionales, aún y cuando del ejercicio interpretativo que realice, detecte que contiene normas que se pueden tildar de inconvencionales.

Por eso en esta investigación se sostuvo que vale la pena mantener la diferencia conceptual entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad, pues querer arribar a la conclusión de que se trata de conceptos homólogos o iguales, no permite retomar ideas que obligan a que toda autoridad, debe tener límites y si bien tiene un amplio margen de acción, debe ceñirse a la voluntad popular plasmada en la constitución, porque como bien lo prescribe el artículo 39 constitucional, “la soberanía reside esencial y originalmente en el pueblo”, el cual se ve representado en los Poderes del Estado, sobre todo en aquellos que elige mediante el voto directo, que son el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, junto con los Poderes Legislativos estatales.

El Poder Constituyente se conforma por el Poder Legislativo Federal y la mayoría de las legislaturas estatales, sólo ellos pueden reformar la constitución.

Luego entonces, si bien reconocemos la importante labor de decisión que tienen los jueces, a quienes algunos autores les reconocen alcances legislativos, como Hart, por sus amplias facultades de interpretación y decisión en casos difíciles, al no ser los jueces un poder electo directamente por el pueblo, son el poder más débil, como atinadamente lo observaron Hamilton y Jay en el *Federalista* y no pueden ser éstos, quienes mediante un ejercicio de interpretación, haciendo control de regularidad constitucional, instauren de *facto* una forma de reformar la Constitución.

Aunque en la teoría jurídica contemporánea suene válido y correcto que un Tribunal Constitucional, pueda inaplicar la propia Constitución, desde nuestra perspectiva, dicha postura es opuesta a la teoría política de la división de poderes y definitivamente es contrario al espíritu democrático de cualquier Estado.

No debemos perder de vista que la propia jurisprudencia interamericana ha señalado que el control *ex officio* de los derechos humanos, debe realizarse por las autoridades en su ámbito de competencia y conforme a las reglas procesales correspondientes, luego entonces, no es competencia de la SCJN reformar la Constitución ni sus procesos los idóneos para tal fin.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Para que se pueda dar exacto cumplimiento al artículo primero constitucional, el cual obliga a todas las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, es necesario que lo hagan bajo una metodología homologada a la de los jueces, quienes llevan más de una década aplicando control *ex officio* en sus resoluciones, por lo cual la jurisprudencia nacional debe ser obligatoria para todas las autoridades y no sólo para los tribunales, así como la jurisprudencia interamericana es aplicable a todas las autoridades.

Para tales efectos, como no todas las autoridades de nuestro país, tienen formación jurídica, es necesario dotarles de una metodología, plasmada en un Manual de Actuación, que les vaya dirigiendo paso a paso, en qué consiste el marco jurídico constitucional de protección de los derechos humanos, qué es el control *ex officio* de los derechos humanos y cómo los obliga, cómo detectar ante un caso práctico que deben realizar dicho control, las normas jurídicas que deben considerar y cómo deben fundar y motivar sus resoluciones, cuáles son las restricciones constitucionales que se ajustan al estándar interamericano y cómo verificar que son acordes a dicho estándar, el alcance de sus determinaciones, dentro del ejercicio de interpretación y cómo tomar la decisión que compete a su ámbito de acción.

SEGUNDA. La protección de los derechos humanos sólo puede darse en Estados democráticos que reconozcan la libertad de las personas y las facultades de las instituciones creadas para tal protección, de tal forma que, ante una posible transgresión por parte de cualquier autoridad o persona, haya una autoridad, una instancia ante la cual se pueda reclamar tal transgresión y se garantice que habrá una reparación a quien resultó afectado. Para tal fin, debe respetarse la división de competencias y poderes, que permitan mantener ese equilibrio entre las funciones ejecutivas, las legislativas y las judiciales. Si bien los jueces son quienes en última instancia pueden garantizar los derechos humanos, su función debe ser apegada al marco jurídico y por consecuencia, ni siquiera el Tribunal Constitucional de un país, puede desaplicar o desconocer el contenido de la propia constitución al ser un Poder

Constituido. Sólo el Poder Constituyente, que está también obligado al parámetro de regularidad constitucional que creó, puede modificar, abrogar o sustituir la Constitución.

TERCERA. Los derechos humanos son inherentes a la persona, mientras que los derechos fundamentales son los que están positivizados en la norma fundante. Los derechos humanos se deben proteger en principio, con base en las normas jurídicas de un Estado, en la jurisprudencia del mismo, en el estándar internacional que le resulte aplicable, como en el caso de México, le aplica el estándar interamericano, pero también en los principios generales de derecho, de los cuales es posible deducir nuevos derechos, siempre buscando la protección más amplia a las personas.

CUARTA. Hay una diferencia conceptual y práctica entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad *ex officio*. Si bien el concepto fue creado mediante la jurisprudencia interamericana, por cierto, por un juez mexicano, el cual consistía en simplemente contrastar la norma nacional, frente a la nacional, debiendo verificar que la nacional fuera acorde con la internacional, el control de constitucionalidad ha dado mayor alcance, pues no sólo supone el contraste de normas, con base en su fuente, ya sea nacional o internacional, sino el contraste de actos de autoridad frente al llamado parámetro de regularidad constitucional, que se compone no sólo por la Constitución y los Tratados en materia de derechos humanos, sino también por los precedentes interamericanos que devienen no sólo de las sentencias de la Corte IDH, sino también de las opiniones consultivas y cualquier pronunciamiento que se haya realizado en los protocolos de actuación, protocolos adicionales y en las relatorías que forman parte del Sistema Interamericano y de otros sistemas jurídicos internacionales de los que México es parte.

QUINTA. Es importante entender la función jurisdiccional, sobre todo por cuanto hace al ejercicio de subsunción de la norma, al caso concreto, dando absoluta relevancia a los métodos de interpretación y a las teorías de la argumentación, para que las autoridades puedan entender el ejercicio metodológico-jurídico que supone

estar ante una situación de hecho que puede ocasionar una violación de derechos humanos o puede tener que resolver la violación o repararla, para que sepan cómo proceder en el proceso de interpretación de la norma, los tipos de interpretación de los que puede echar mano, pero sobre todo, el proceso jurídico de argumentar, de dar razones que justifiquen su decisión. Mientras no se corrija la enorme deficiencia que tienen las autoridades al momento de emitir sus actos, de fundar y motivar debidamente sus decisiones, permanecerá una violación al derecho humano de legalidad, que es de lo que están repletos los Tribunales de Control Concentrado. Ya el ejercicio de control sobre otros derechos, que implica entrar al fondo del caso, supone un ejercicio más complejo, pero en la medida que se explique a las autoridades su función de subsunción y su obligación de justificar sus decisiones, se podrá ir abatiendo esa violación reiterada a los derechos humanos.

SEXTA. Como el concepto de control *ex officio* de los derechos humanos fue creado y desarrollado desde la jurisprudencia, primero interamericana y posteriormente, precisado en cuanto a sus alcances nacionales, en la jurisprudencia nacional, se debe explicar a las autoridades mexicanas y capacitarlas respecto a cómo se conforma la jurisprudencia y cuáles son los precedentes que han marcado el desarrollo de dicho concepto. Por eso, también deben entender cómo funciona el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos y por qué no se pueden argüir disposiciones de derecho interno, para evadir o evitar el cumplimiento de las disposiciones internacionales. No conocer estos conceptos básicos provoca violaciones a los derechos humanos desde el Poder Constituyente y el Poder Legislativo, que entran en tensión política con el Poder Judicial. Por eso, es que a todas las autoridades les debe aplicar la jurisprudencia nacional, como ya les aplica la interamericana y capacitarlos temáticamente, desde que toman la protesta del cargo.

SÉPTIMA. Como el parámetro de regularidad constitucional es tan amplio y tan basto, se deben desarrollar políticas públicas de Estado de protección de derechos humanos que impliquen no sólo una macro capacitación de todas las autoridades mexicanas, sino también, la sistematización temática de los precedentes, la

jurisprudencia, las opiniones consultivas y todo documento reconocido como fuente de derechos humanos, mediante el uso de tecnologías de la información, que permitan consultar a las autoridades de forma práctica y fácil todo ese cúmulo normativo que deberá considerar para la toma de decisiones. Si bien esto supone un gran gasto presupuestal de inicio, a la larga representará una inversión de mediano plazo y un ahorro de largo plazo, pues en la medida en que las autoridades entiendan cómo deben realizar la obligación que les impone el artículo primero constitucional, habrá menos necesidad de instancias intermedias administrativas, como las Comisiones de Derechos Humanos, las Comisiones de Atención a Víctimas, las Comisiones de Personas Desaparecidas y por supuesto bajará la carga de trabajo de las Fiscalías y los Tribunales.

OCTAVA. Se debe incluir en los programas de estudio de nivel básico, nociones generales de las normas internacionales más relevantes que protegen derechos humanos y del derecho que tenemos todos en México, a que todas las autoridades apliquen el control *ex officio* de los derechos humanos, y en los niveles medio superior y superior, profundizar en el estudio de los estándares internacionales de protección de derechos humanos y de la jurisprudencia interamericana y nacional, enseñando el uso de las herramientas tecnológicas para su consulta.

Si no se difunde el marco jurídico que se debe aplicar como parámetro de regularidad constitucional, tanto por las autoridades, como por los destinatarios de dicha protección, será muy difícil dar cabal cumplimiento al artículo primero constitucional.

NOVENA. La jurisprudencia interamericana ha ido mutando su naturaleza jurídica, a través de los años, pues aunque en un principio era una mera herramienta para la verificación de compatibilidad entre normas nacionales en contraste con las internacionales; también se ha constituido como un medio para incorporar el derecho interamericano al derecho interno de los Estados parte; ha sido el punto de partida para crear el Derecho Constitucional Interamericano; como valor de la democracia y prevalencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; como

como principio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero sobre todo, como método para garantizar los Derechos Humanos.

DÉCIMA. Conforme a la jurisprudencia interamericana, que ha fijado los parámetros que regulan el control *ex officio*, éste debe realizarse por todas las autoridades de un Estado, sean ejecutivas, legislativas o judiciales, en el ámbito de su competencia y conforme a las disposiciones procesales correspondientes. Por lo tanto, toda determinación que violente los presupuestos procesales, viola por añadidura, los derechos humanos. Los Estados no pueden invocar el derecho interno para evadir o evitar el cumplimiento del estándar interamericano de los derechos humanos, por lo que debe ajustar su legislación interna dentro de un plazo razonable, de tal manera que mantener una disposición violatoria de derechos humanos o aprobar una reforma posterior a que un Estado ha sido condenado por sentencia de la Corte IDH, lo hace responsable de violación a la cosa juzgada. No basta el ajuste a la legislación interna, sino también se debe propiciar que las autoridades en su ejercicio actúen conforme al estándar interamericano, por eso se les debe capacitar, sobre todo a aquellas que atienden a víctimas de violaciones de derechos humanos. La jurisprudencia interamericana guarda una doble función, como *res iudicata* que obliga de forma directa, completa y absoluta a los Estados responsables, de tal manera que sus Cortes Internas no pueden ya volver a interpretar lo interpretado por la Corte; y como *res interpretata* que consiste en el efecto vinculante de sus sentencias, para el resto de los Estados. Incluso las opiniones consultivas, si bien no forman parte de la jurisprudencia, obligan a todos los Estados parte. Para que se pueda hacer control *ex officio* respecto de una norma, es necesario que ésta se haya aplicado al caso, por lo tanto, también se puede hacer control de convencionalidad preventivo, cuando se acude ante la Corte IDH mediante consulta, antes de que se ejecute un acto o se emita una norma. Las decisiones de las autoridades deben ser debidamente justificadas, con argumentos ajustados al estándar interamericano, por lo tanto, aunque las autoridades arguyan que hicieron control de convencionalidad y se verifique que se hizo bien, mientras se mantenga el supuesto calificado de violatorio de los derechos humanos en su régimen jurídico, se mantiene la responsabilidad del Estado. No basta que se acepte la violación para

eximir de responsabilidad a un Estado, sino que debe demostrar que hizo cesar la violación y que reparó las consecuencias. Tampoco está permitido la simulación o desviación de poder, que permite utilizar supuestos que restringen derechos humanos conforme al estándar, cuando la intención sea obtener un efecto diferente al que permite el estándar, con lo cual se conculquen otros derechos humanos. Sólo las personas físicas pueden esgrimir violación a sus derechos y las personas jurídicas podrán hacerlo, cuando sea en representación de personas físicas, como lo son las comunidades tribales o indígenas, los sindicatos, las federaciones y confederaciones, entre otras. Las convicciones religiosas o morales de un Estado no pueden ser el parámetro de concepción de los derechos humanos y mucho menos ser contrarias al estándar interamericano.

DÉCIMA PRIMERA. El estándar interamericano permite que se puedan restringir los derechos humanos, porque la propia Convención Americana de Derecho Humanos así lo prevé en su texto, pero éstas no pueden ser absolutas, sino al contrario, aplicables en casos concretos y ajustadas a cinco criterios: Que sean racionales, por lo cual deben tener una previsión expresa en el texto jurídico y deben ser congruentes a la situación de que se trate, no pueden devenir de un acto de interpretación, por analogía o por mayoría de razón; deben ser necesarias, entendiendo que en aras del interés público, se pueda restringir el derecho de una persona; que sean indispensables, que quiere decir que, después de explorar varias posibilidades, no existe otra manera de resolver la situación, más que restringiendo el derecho; que sean proporcionales respecto de la propia persona y de terceros, sin excesos y, la más importante, que sean temporales, pues ninguna restricción puede ser permanente, de tal manera que en cada caso concreto, puede la autoridad restringir los derechos humanos, siempre que justifique y argumente cómo es que dicha restricción cumple con los cinco criterios.

DÉCIMA SEGUNDA. Si bien la jurisprudencia nacional ha hecho un esfuerzo reactivo de ajustarse a la jurisprudencia interamericana, tanto el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como sus salas, a lo largo de once años, desde la reforma al artículo primero constitucional de dos mil once, ha

involucionado, pues por allá en dos mil diez, cuando se recibió la sentencia al caso Rosendo Radilla mediante el Expediente Varios 912/2010, que tuvo una interpretación amplia, dejando clara la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la obligación de todos los jueces de hacer control difuso de los derechos humanos, fue restringiendo su visión, acotando el estándar interamericano, mediante la preminencia de las restricciones previstas en el texto constitucional, posteriormente fue disminuyendo el margen de acción de los jueces, respecto a su facultad de control difuso, limitando la actuación de los Tribunales Administrativos, de las autoridades administrativas y al día de hoy, prácticamente retomando por vía de interpretación, el control concentrado, pues sus precedentes de cómo considerar cumplida la obligación de control *ex officio* de los tribunales de control difuso, mediante la simple mención de que no estiman que haya habido violaciones a los derechos humanos, es verdaderamente restrictiva e inconvencional.

Por otra parte, el haber dispuesto que para que un tribunal se ve obligado a realizar control *ex officio* de los derechos humanos, el promovente debe explicar su razón de pedir, incluso precisando como es que la norma que tilda de inconstitucional, le viola sus derechos humanos, resulta inconvencional y absurdo, pues el control de constitucionalidad debe hacerse de oficio, es decir, sin que medie petición de parte.

Sin embargo, también han hecho un importante esfuerzo por establecer parámetros al control *ex officio*, estableciendo pasos a seguir para realizarlo y han explicado por vía de jurisprudencia en qué consiste la interpretación conforme, estipulando como premisa que toda norma goza de la presunción de constitucionalidad hasta que no quede demostrado lo contrario y, cómo se debe realizar la interpretación *pro persona*.

DÉCIMA TERCERA. El ejercicio del control *ex officio* en México, con base en los ocho casos prácticos que utilizamos como parte del método empírico para verificar cómo hacen dicho control los tribunales, nos arroja que aún en las instancias jurisdiccionales, hay mucho por hacer. Las Salas de la SCJN han demostrado que cuando el control guarda relación con controversias entre particulares, el desarrollo

jurisprudencial de protección de derechos humanos es sumamente bueno y enriquecedor, sin embargo, cuando se trata de asuntos contenciosos de los ciudadanos contra las autoridades, que normalmente tendrán efectos presupuestales, el margen de protección es inferior. Los mismos Ministros de la Corte se han decantado por establecer, por vía de interpretación, restricciones Constitucionales que ni siquiera están previstos en el texto constitucional, arguyendo situaciones presupuestales que son inconvencionales. No se pueden pretextar falta de recursos públicos para justificar una violación a derechos humanos que cuentan con previsión expresa en tratados internacionales y en la jurisprudencia interamericana.

Por ese motivo, los mismos tribunales, tanto de control difuso como de control concentrado, deben seguirse capacitando, al unísono de las autoridades administrativas, legislativas y de la propia sociedad, mediante los programas de estudio, pues sólo así tendremos una ciudadanía informada que pueda evaluar si las determinaciones de nuestras autoridades son acorde al estándar interamericano, más allá de los habituales tecnicismos y recovecos procesales que suelen utilizar los Tribunales, que hacen de difícil comprensión sus determinaciones.

DÉCIMA CUARTA. Conforme a los análisis que se han hecho en el seno del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de las Naciones Unidas, una acción estratégica del Sistema Interamericano es verificar que los Estados Parte cumplan con la obligación de ir adecuando su legislación interna al estándar interamericano. Por lo tanto, es necesario que a través de la Reglamentación del Senado Mexicano, que es la Cámara facultada para conocer de asuntos internacionales, ya sea a través de las Comisiones Legislativas de Asuntos Internacionales o mediante la creación de un órgano *ex profeso* creado, se implemente un mecanismo de revisión de la legislación federal, desde la Constitución, hasta las leyes reglamentarias y secundarias, que permita obtener un diagnóstico sobre los ajustes legislativos que es necesario realizan al marco jurídico interno y a partir de ello, elaborar las iniciativas de reforma correspondiente.

Dicho órgano deberá tener la potestad de coordinación con los Congreso Estatales, los cuales a su vez, deberán crear un órgano *ex profeso*, similar al que exista en el Senado de la República y de manera coordinada con éste, elaborar el diagnóstico de la legislación estatal, considerando que los Senadores son representantes de sus entidades federativas, para que también se haga el ejercicio de ajuste de la legislación interna de los Estados al estándar interamericano.

Considerando que mientras un Estado conserve en su marco normativo, disposiciones contrarias a los tratados y a la jurisprudencia interamericana, se le considerará responsable, no se puede dejar pasar más tiempo y se debe implementar cuanto antes el tipo de mecanismo propuesto.

DÉCIMA QUINTA. Es necesario discutir y analizar, en el foro jurídico y con mayor profundidad, los alcances de las determinaciones que ha adoptado la Corte IDH, sobre todo en dos sentidos: 1) Respecto a que la totalidad de sus sentencias son vinculantes, en carácter de jurisprudencia, para todos los Estados parte, y 2) Como resultado de la primera determinación, el ir imponiendo a los Estados obligaciones adicionales a las que fue su voluntad contraer.

Tal como lo han cuestionado los miembros del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos, no es aceptable que un Tribunal creado por un tratado internacional para interpretar su contenido, pueda ir legislando y sumando disposiciones normativas al propio tratado, porque genera un problema de validez y legitimidad de lo decidido. Quienes celebran el tratado, lo hacen en representación de las instituciones soberanas de su país, conforme a su marco Constitucional, según el cual, no sólo prevé la forma de incorporarse al tratado, sino también la forma en cómo pueden plantear reservas (excepciones) al contenido de este, por contener disposiciones contrarias a su legislación interna. Sin embargo, cuando un Tribunal internacional suple la soberanía de los Estados y les va imponiendo obligaciones adicionales, al grado de estimarlos responsables y condenarlos a reformar su propia Ley Fundamental, se puede considerar que existe no sólo un exceso de su competencia, sino además un atropello a la soberanía del Estado y puede cuestionarse si la decisión que adopta es válida y legítima,

considerando que la creación de esas obligaciones, no se hicieron conforme al régimen constitucional del Estado del que se trate.

Una cosa es someterse a la jurisdicción de un Tribunal para que resuelva las controversias derivadas de la aplicación de un tratado, por cuanto hace a las situaciones en las que es necesario interpretar su contenido porque no se ajusta en exactitud al caso concreto y otra muy diferente, que el mismo Tribunal interprete que los Estados le cedieron su soberanía para crear normas y así imponerle obligaciones, no sólo concretas de hacer o dejar de hacer en pro de los derechos humanos, sino incluso de reformar su marco Constitucional, Ley fundamental de su sistema jurídico.

Si bien en esta investigación se coincide en que la única forma de lograr un estándar a nivel internacional de protección a los derechos humanos debe partir de las mismas premisas, no menos cierto es que esta situación de hecho que hemos venido viviendo mediante las sentencias de la Corte IDH, merece un análisis aparte que en esta investigación sólo citamos y no profundizamos, pero dejamos asentada para un trabajo posterior.

BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS

1. ACKERMAN, Bruce, *We the people. Foundations*, Harvard University Press, USA, 1991.
2. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
3. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
4. ANSOLABEHERE, Karina, *La política desde la justicia*, México, Fontamara, 2007.
5. ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría general del proceso*, México, Porrúa, 1992.
6. ASTUDILLO, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
7. ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y Argumentación en el Estado constitucional de derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.
8. ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
9. AYALA COARO, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Instituto de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, 2003.
10. BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
11. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1994.
12. CABALLERO OCHOA, José Luis, *El derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales*, en *Ciclo de conferencias y mesas redondas sobre temas de actualidad en derechos humanos*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2010.

13. CABALLERO, José Antonio, *La transición del absolutismo al Estado moderno*, en López Ayllón, Sergio (ed.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, 2000.
14. CALVO GARCÍA, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico, una revisión crítica*, Tecnos, S.A., Madrid, España, 1994.
15. CARBONELL, Miguel, *Derechos fundamentales y democracia*, INE, México, 2013.
16. CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
17. CARBONELL, Miguel et al., *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Vol. 1, Tomo IV, 2015.
18. CARPIZO, Jorge, *Concepto de democracia*, México, UNAM, 2006.
19. CARRILLO, Manuel et al. (coords.), *Dinero y contienda político-electoral al Reto de la Democracia, Sección de Obras de Política y Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.
20. CASTAÑEDA, Mireya, *El principio pro persona. Experiencias y expectativas*, CNDH, 2ª. ed., México, Colección CNDH, 2015.
21. CASTILLO, Leonel, *Cuestiones temáticas de derecho*, México, TEPJF, 2006.
22. CIENFUEGOS SALGADO, David, *Justicia y Democracia, Apuntes sobre derechos electorales*, México, Centro de Estudios de Derecho Estatal y Municipal, Universidad Autónoma de Chiapas, Colegio de Guerrero, 2008.
23. COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico*, México, Fontamara, 1999.
24. CORREA PALACIO, Ruth Stella, *Guía para la aplicación del Principio de Convencionalidad*, 92º Periodo Ordinario de Sesiones del Comité Jurídico Interamericano (CJI), Organización de Estados Americanos, Ciudad de México, 26 de febrero al 2 de marzo de 2018.
25. COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de derecho administrativo*, España, Civitas, 2004.
26. DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1995.

27. FABRA ZAMORA, Jorge Luis, *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, volumen uno, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
28. FERNÁNDEZ RUIZ, Graciela, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
29. FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.
30. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, 3ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
31. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, 2a. reimp., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.
32. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, tomo II, 2008.
33. FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO Y DERECHOS HUMANOS Y LITIGIO ESTRATÉGICO MEXICANO, *Reforma Judicial en México. Un análisis desde una perspectiva de corrupción y derechos humanos*, México, 2021.
34. GALVÁN RIVERA, Flavio, *Derecho Procesal Electoral*, México, Porrúa, 2006.
35. GARAPON, Antoine, *Juez y Democracia*, España, Editorial Flor de Viento, 1997.
36. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Poder Judicial y Ministerio Público*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997.
37. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001.
38. GÓMEZ, Yolanda (coord.), *Presente, pasado y futuro de los derechos humanos*, México, CNDH, 2014.
39. GÓMEZ SANTIBÁÑEZ, Guillermo, *Sócrates y la actitud filosófica*, Centro de Investigación y de Estudios Latinoamericanos y Caribeños (CIELAC), Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Managua, 2017.

40. GONZÁLEZ ALCÁNTARA CARRANCÁ, Juan Luis *et al.*, (coord.), *Teoría y Práctica del Juicio de Amparo*, Poder Judicial de la Ciudad de México, México, 2020.
41. GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl, *Programa de Derecho Constitucional*, 2ª ed., México, Universidad Iberoamericana-Limusa, 2007.
42. GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patrizia, *Los jueces y la política*, España, Taurus, 1999.
43. GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y Argumentar. Nueva Edición Aumentada*, trad. de César E. Moreno More, Legales Ediciones, Editorial Ubijus, 2018.
44. HABERMAS, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, ediciones península, Barcelona, 1985.
45. HAMILTON, Alexander *et. al.*, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
46. HART, H.L.A., *El concepto del derecho*, Abledo Perrot, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Argentina, 1963.
47. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *La tutela de los derechos fundamentales*, San José Costa Rica, Editorial Juricentro, 1990.
48. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 12ª ed., trad. de Roberto J. Vemengo, Editorial Porrúa, México, 2002.
49. LASKI, Harold, *Authority in the modern state*, USA, Kitchener, 2000.
50. MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Law Series, Oxford, 1994.
51. MAYA RAYAS, Carlos Eduardo, *Los tribunales electorales en México en la transición democrática: los casos de Tabasco y Yucatán*, México, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2004.
52. MEMORIA DEL IV CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ELECTORAL Y IV CONGRESO NACIONAL DE TRIBUNALES Y SALAS ESTATALES ELECTORALES, *Democracia interna y fiscalización de los partidos políticos*, México, TEPJF, 2002.
53. MONTERO, Jimi. Alberto. *Derecho y Moral*, Estudio Introductorio. Facultad de Derecho UNAM, México, 2011.
54. NIETO, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

55. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003,
56. OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa, 2006.
57. OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, México, Editorial Harla, 1991.
58. PALOMO CARRASCO, Óscar, *La observancia obligatoria de la jurisprudencia emanada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados de Circuito en los actos administrativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
59. PECES BARBA, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Latina Universitaria, 1979.
60. PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979.
61. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 2001.
62. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Editorial Ariel, 1991.
63. RODRÍGUEZ, CÉSAR, *Teoría del derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin*, Estudio preliminar en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 2002.
64. ROJAS AMANDI, Víctor, *La ética discursiva en las teorías del derecho de Habermas y Alexy*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
65. SALDAÑA SERRANO, Javier, *Virtudes del juzgador*, México, SCJN, 2007.
66. SALMÓN GARATE, Elizabeth, *Curso de Derecho Internacional Público*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2014.
67. SARTORI, Giovanni, *Elementos de Teoría Política*, trad. de Ma. Luz. Morán, Nueva York, Editorial Alianza, 1992.
68. SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editorial Nacional, 1966.

69. SOTO FLORES, Armando (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Grandes Temas Constitucionales, 2016.
70. SUÁREZ ROMERO, Miguel y CONDE GAXIOLA, Napoleón, *Argumentación Jurídica, en Cuadernos de Trabajo, Seminario de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho UNAM, México, 2015.
71. SUNSTEIN, Cass R., *Constitutions and democracies*, en Elster, Jon, *Constitutionalism and democracy*, USA, Cambridge University Press, 1998.
72. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2007, *La legitimación procesal del procurador fiscal de la federación en el juicio de amparo*, México, SCJN-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
73. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Informe Anual de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 1989.
74. TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, *La Suplencia en el Derecho Procesal Familiar. Fuero común-fuero federal*, México, Porrúa, 2015.
75. THOMPSON J., José et al., *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015.
76. TOULMIN, Stephen, *Los usos de la argumentación*, trad. de María Morrás y Victoria Pineda, Barcelona, Ediciones Península, 2007.
77. TOULMIN, Stephen, et al., *An Introduction to Reasoning*, 2ª ed., Nueva York, MacMillan, 1984.
78. TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *Evolución histórica de las instituciones de la justicia electoral en México*, México, TEPJF, 2002.
79. TRUJILLO, Isabel, *Imparcialidad*, México, UNAM, 2007.
80. VALADÉS, Diego (coord.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. El nuevo papel del poder judicial y la transición a la democracia en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

81. VÁZQUEZ, Rodolfo, (comp.), *Corte, jueces y política*, México, Editorial Fontamara, 2007.
82. VIEHWEG, Theodor., *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez-Picazo, Taurus, Madrid, 1964.
83. WADE, H.W., *Estudio del derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971.
84. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, 5ª ed., trad. de Marina Gascón, España, Editorial Trotta, 2003.

II. ENCICLOPEDIAS.

1. *ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Porrúa, 2002. Tomo III, D-E.

III. ARTÍCULOS DE LIBROS Y REVISTAS.

1. ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *Harvard Law Review*, Cambridge, Vol. 113, No. 3, 2000.
2. ANSELMINO, Valeria, "La división o separación de poderes", *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Argentina, Año 13, 2016, No. 46.
3. ASTUDILLO, César, "El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en CARBONELL, Miguel *et al.*, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Vol. 1, Tomo IV, 2015.
4. BONILLA, Daniel, "La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes", *Revista Universitas*, Colombia, núm. 131, 2015.
5. CABALLERO OCHOA, José Luis, "La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º. Segundo párrafo de la Constitución)", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. 119.

6. CAMARILLO GOVEA, Laura Alicia y CABRERA GUTIÉRREZ, Samuel, "La reserva del Estado Mexicano al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", *Revista Electrónica Iberoamericana*, Centros de Estudios de Iberoamérica, Vol. 10, no. 2, 2016.
7. CARMONA CUENCA, Encarnación, "Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital", *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, España, núm. 2, 2006.
8. CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA MONTAÑA "TLACHINOLLAN" ET. AL., *La impunidad militar a juicio. Los casos de Valentina Rosendo Cantú, Inés Fernández Ortega y los campesinos ecologistas Rodolfo Montiel Flores y Teodoro Cabrera García*, México, 2010.
9. DI CAMILLO, S.G., *El argumento de los opuestos y el objeto del conocimiento en República V*, X Jornadas de Investigación en Filosofía del 19 al 21 de agosto de 2015, Ensenada, Argentina, 2015. Consultable en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.7595/ev.7595.pdf
10. EZQUIAGA, Francisco Javier, "Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional", *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Consultable en: <https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/isonomia-revista-de-teoria-y-filosofia-del-derecho-3/html/p0000006.htm>.
11. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano", *Estudios constitucionales [online]*, 2011, vol. 9, núm. 2, pp. 531-622.
12. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, "Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad", *Cuestiones Constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Número 29, Julio-Diciembre 2013.
13. GOMEZ SANTIBAÑEZ, Guillermo, "Sócrates y la actitud filosófica", *Revista del Centro de Investigación y de Estudios Lationamericanos y Caribeños*

- CIELAC, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO, Managua, 2017.
14. MÁRQUEZ RÁBAGO, Sergio, *Evolución del Control Constitucional en México. El derecho procesal constitucional y el papel de la Suprema Corte como legislador positivo en Derecho Procesal Constitucional*, en SOTO FLORES, Armando (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Grandes Temas Constitucionales, 2016.
 15. MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, "Aporías del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, España, No. 16, 1999.
 16. ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, "Antecedentes iusfilosóficos del concepto de derecho de H. L. Hart", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, núm. 84, Año XXVIII. Consultable en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3391/3945>
 17. PANTIN, Laurence y AGUILAR, Adriana, "Poderes judiciales locales ¿el presupuesto los hará libres?", *Revista Nexos*, Marzo 10, 2020. Consultable en: <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/poderes-judiciales-locales-el-presupuesto-los-hara-libres/>
 18. PICARD DE ORSINI, Marie y USECHE, Judith, "Una nueva dimensión del Estado de Derecho: El Estado Social de Derecho", *Provincia*, número especial, 2006.
 19. SÁNCHEZ GIL, Rubén A., "El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J.38/2002", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 11, julio-diciembre 2004.
 20. SÁNCHEZ GIL, Rubén, "Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 21, julio-diciembre de 2009.
 21. SCJN, *Dignidad humana*, Poder Judicial de la Federación, México, 2013.

22. SCJN, *Honor*, Tesis temáticas, disponible en: https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Documents/CriteriosPJF/Tesis_tematica_Honor.pdf.
23. SCJN, *Los Derechos Humanos y la SCJN*. Recurso consultado el 16 de noviembre del 2021: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/los-derechos-humanos-y-la-SCJN>.
24. SILVA HENAO, Juan Fernando, “Evolución y origen del concepto de “Estado Social” incorporado en la Constitución Política colombiana de 1991”, *Ratio Juris*, vol. 7, núm. 14, enero-junio de 2012.
25. SOLOZÁBAL, Juan, “Sobre el principio de la separación de poderes”, *Revista de Estudios Políticos*, España, No. 24, 1981.
26. VILLAR BORDA, Luis, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 20, diciembre de 2007.

IV. DICCIONARIOS.

1. BIX, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
2. *DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA*, Editorial Espasa, España, 2001.
3. *DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Editorial Porrúa, 2007, tomo I-O.
4. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo II, 2014.
5. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Presupuestos procesales*, en Nuevo diccionario jurídico mexicano, México, UNAM-Porrúa, 2001.
6. PESCI FELTRI, Mario, *Presupuestos procesales y requisitos constitutivos de la acción en el proceso de amparo*, *Revista de Derecho Público*, núm. 50, abril-junio de 1992.

V. JURISPRUDENCIAS Y SENTENCIAS NACIONALES

1. Sentencia de la Contradicción de Tesis 293/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 de septiembre de 2013, consultable en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/CT%20293-2011.pdf>.
2. Sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 18/2001 y sus acumuladas 19/2001 y 20/2001, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, 7 de abril de 2001, consultable en: <https://www.te.gob.mx/SAI/Documentos//164/18-2001.doc>.
3. Tesis 2a./J. 10/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 63, Tomo I, febrero de 2019, p. 838.
4. Tesis I. 1º.P.22 K (10a.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 49, Tomo IV, diciembre de 2017, p. 2146.
5. Tesis 2ª./J.128/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 36, Tomo II, noviembre de 2016, p. 1428.
6. Tesis 1a./J. 37/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, agosto de 2016.
7. Tesis I.4o.C.5 K (10a.), *Semanario Judicial de Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 33, Tomo IV, agosto de 2016, p. 2532.
8. Tesis 2ª./J.139/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 25, Tomo I, diciembre de 2015, p. 391.
9. Tesis 1ª.CCXC/2015 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 23, Tomo II, octubre de 2015, p. 1648.
10. Tesis P./J.64/2014 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 13, Tomo I, diciembre de 2014, p. 8.
11. Tesis 2ª./J.123/2014 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 12, Tomo I, noviembre 2014, p. 859.
12. Tesis P./J.21/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p. 200

13. Tesis P./J.20/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p. 202.
14. Tesis 1ª./J.11/2014 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, Tomo I, febrero de 2014, p. 396.
15. Tesis P. LXIX/2011 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro III, Tomo I, diciembre de 2011, p. 550.
16. Tesis P. LXVI/2011 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro III, Tomo I, diciembre de 2011, p. 550.
17. Tesis P. XXVII/2011 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro III, Tomo I, diciembre de 2011, p. 535.
18. Tesis P.LXXI/2011 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro III, Tomo I, diciembre de 2011, p. 554.
19. Tesis P.LXX/2011 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro III, Tomo I, diciembre de 2011, p. 556.
20. Tesis P.LXVIII/2011 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro III, Tomo I, diciembre de 2011, p. 551.
21. Tesis P.LXV/2011 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro III, Tomo I, diciembre de 2011, p. 556.
22. Tesis XI.1º.A.T.47 K (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC., Tomo XXXI, mayo de 2010, p. 1932.
23. Tesis 1.4ª.A.91 K (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC., Tomo XXXI, marzo de 2010, p. 2927.
24. Tesis P. LXVI/209 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo. XXX, diciembre de 2009, p. 30.
25. Tesis IX.1º71K (9ª), *Semanario Judicial de Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XVIII, octubre de 2003, p. 1039.
26. Tesis P.V/2003 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XVIII, julio 2003, p. 27.
27. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, Tomo VII, enero de 1991, p. 296.

28. Tesis I.3º. C.J/22, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo VIII, noviembre de 1991, p. 121.
29. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Instancia Sala Auxiliar, Quinta Época, Tomo CXXV, p. 1669.
30. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Instancia Tercera Sala, Quinta Época, Tomo XCII, p. 1034.

VI. SENTENCIAS INTERAMERICANAS, OPINIONES CONSULTIVAS Y VOTOS.

1. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, consultable en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.
2. Caso *Andrade Salmón vs. Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 1 de diciembre de 2016, consultable en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf.
3. Caso *Boyce y otros vs. Barbados*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 20 de noviembre de 2007, consultable en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf.
4. Caso *Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de febrero de 2016, consultable en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_es.pdf.
5. Caso *Colindres Schonenberg vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 4 de febrero de 2019, consultable en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_373_esp.pdf.
6. Caso *Comunidad Garífuna De Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 8 de octubre de 2015 consultable en
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf.

7. *Caso de los Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, caso Molina Theissen y otros 12 casos contra Guatemala*, Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, resolución del 12 de marzo de 2019, consultable en: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/aldeachichupac_12_03_19.pdf.
8. *Caso García Ibarra y otros vs Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 17 de noviembre de 2015, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_306_esp.pdf.
9. *Caso Gelman vs Uruguay*, Fondo y Reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_222_esp.pdf.
10. *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, resolución del 24 de febrero de 2011, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf.
11. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de enero de 1997, consultable en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf.
12. *Caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 20 de noviembre de 2012, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp.pdf.
13. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, sentencia del 4 de febrero de 2000, consultable en: https://www.corteidh.org.cr/docs/casos/articulos/Seriec_67_esp.pdf.
14. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 30 de enero de 2014, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf.
15. *Caso Rosendo Cantú y otras vs. México*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, resolución del 12 de marzo de 2020, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/rosendo_12_03_20.pdf.

16. Caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de octubre de 2015, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf.
17. Caso *San Miguel Sosa y otra vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 8 de febrero de 2018, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf.
18. Caso *Tenorio Roca y otros vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 22 de junio de 2016, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_314_esp.pdf.
19. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf.
20. Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_155_esp.pdf.
21. *Opinión consultiva OC-21/14*, resolución emitida el 19 de agosto de 2014, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_es.pdf.
22. *Opinión consultiva OC-22/16*, resolución emitida el 26 de febrero de 2016, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf.
23. *Opinión consultiva OC-24/17*, resolución emitida el 24 de noviembre de 2017, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.
24. Voto concurrente razonado formulado por el Juez Sergio García Ramírez, a propósito de la sentencia emitida en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, de fecha 25 de noviembre de 2003, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

25. Voto concurrente razonado formulado por el Juez Sergio García Ramírez, a propósito de la sentencia emitida en el caso *Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de fecha 7 de septiembre de 2004, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.
26. Voto razonado formulado por el juez A. A. Cançado Trindade, a propósito de la sentencia emitida en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de fecha 26 de septiembre de 2006, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

VII. NOTAS PERIODÍSTICAS.

1. EFE, *Abogado Juan Collado denuncia extorsión de Estado*, Periódico Crónica, 27 de febrero de 2022. Consultable en: <https://www.cronica.com.mx/nacional/abogado-juan-collado-denuncia-extorsion.html>.
2. PONCE, Karla, *Pensiones un riesgo para las finanzas públicas*, Dinero en Imagen, publicado el 10 de septiembre de 2021, Consultable en: <https://www.dineroenimagen.com/economia/pensiones-un-riesgo-para-las-finanzas-publicas/137230>.
3. REDACCIÓN, *AMLO exige a Lozoya reparación del daño y pruebas de sobornos para acceder a criterio de oportunidad*, Periódico El Financiero, 13 de abril de 2022. Consultable en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2022/04/13/amlo-exige-a-lozoya-reparacion-del-dano-y-pruebas-de-sobornos-para-acceder-a-criterio-de-oportunidad/>.
4. REDACCIÓN/GH, *Traicionó a AMLO': Denuncian a Julio Scherer, ex consejero jurídico de Presidencia, ante la FGR*, Periódico El Imparcial, 31 de marzo de 2022. Consultable en: <https://www.elimparcial.com/mexico/Traiciono-a-AMLO-Denuncian-a-Julio-Scherer-ex-consejero-juridico-de-Presidencia-ante-la-FGR-20220331-0119.html>.

5. RIVERO, Arturo, *Pago de pensiones presionan finanzas públicas: SHCP*, El Pulso Laboral, publicado el 16 de septiembre de 2021. Consultable en: <https://elpulsolaboral.com.mx/seguridad-social-y-salud/26593/pago-de-pensiones-presionan-finanzas-publicas-shcp>.
6. RODRÍGUEZ, Silvia y GUZMÁN, Karen, *Alerta OCDE sobre impacto de pensiones en finanzas públicas*, Periódico Milenio, publicado el 6 de mayo de 2019. Consultable en: <https://www.milenio.com/negocios/alerta-ocde-impacto-pensiones-finanzas-publicas>.

VIII. LEGISLACIÓN NACIONAL.

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
3. Decreto por el que se reforma la Ley del Seguro Social, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 1995.
4. Decreto por el que se expide la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de marzo de 2007.
5. Presupuesto de Egresos de la Federación 2020.

XI. OTROS.

1. Cooperación Alemana para el Desarrollo, Giz y Programa Dirajus (Derecho Internacional Regional y Acceso a la Justicia en América Latina), *Manual Práctico para aplicar el Control de Convencionalidad basado en la Metodología Themis*, 2020, p. 3. Consultable en: https://www.academia.edu/49351965/Manual_Pr%C3%A1ctico_para_aplicar_el_Control_de_Convencionalidad_basado_en_la_Metodolog%C3%ADa_THEMIS.
2. Indicadores de la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de la Seguridad Pública (INVIPE) 2011, consultable en: <https://www.inegi.org.mx/app/indicadores/?p=1024&ag=00>.

3. Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de la Seguridad Pública (INVIPE) 2022, consultable en: <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2022/>
4. Minuta de la sesión del Comité Jurídico Interamericano de fecha 2 de octubre de 2015, bajo el registro OEA/Ser.QCJI/doc.492/15 rev.1, p. 1, consultable en: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_492-15_rev1.pdf.
5. Minuta de la Sesión del Comité Jurídico Interamericano de la OEA del 20 de febrero de 2018, con registro CJI/doc.557/18 p. 1. Consultable en: <http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/INFOANUAL.CJI.2018.ESP.pdf>.
6. Minuta del Comité Jurídico Interamericano del 15 de febrero de 2021, con registro OEA/Sec. General/DIDI/doc.1/21.