



EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD BAJO LA ÓPTICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Hugo CARRASCO SOULÉ¹

“Naturalmente, los textos son los textos y ellos no son sino eso. ¿Qué serán mañana, los movimientos del mundo? ¿Qué serán, mañana, las fuerzas políticas interiores? Nadie puede con seguridad responder a estas preguntas que dominan nuestro destino...”

Michel Debré

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Los derechos Humanos.* 3. *Derechos y garantías.* 4. *Principios.* 5. *Bloque de constitucionalidad.* 6. *Tipos de Controles.* 7. *Conclusiones.* 8. *Bibliografía.*

Resumen: todas las personas gozan de los *derechos humanos* reconocidos, tanto en el cuerpo normativo de la Constitución, como en los instrumentos internacionales de los que el Estado mexicano es parte; pero no sólo de los *derechos humanos*, sino también de las *garantías* que le son propias para lograr su protección, que a la vez, no pueden confundirse para fundir ambas instituciones en un mismo concepto.

Palabras claves: Derechos humanos, bloque de constitucionalidad, garantías, principios.

Abstrac: all persons enjoy the recognized human rights, both in the normative body of the Constitution, and in the international instruments of which the Mexican State is a party; But not only of human rights, but also of the guarantees that are proper to achieve their protection, which at the same time, can not be confused to merge both institutions in the same concept.

Keywords: Human rights, constitutionality block, guarantees, principles.

¹ Catedrático por oposición en la *Facultad de Derecho* de la *Universidad Nacional Autónoma de México* y miembro integrante del *Sistema Nacional de Investigadores* del *CONACyT*.

1. INTRODUCCIÓN

Voluntad del pueblo mexicano ha sido constituirse en una *República* representativa, democrática y federal, presidida por los principios y valores que se contienen en su *Carta Magna*; siendo uno de ellos, el consagrado en su mandato de apertura² en donde se dispone enfáticamente que dentro del espacio geofísico mexicano todas las personas gozan de los *derechos humanos* reconocidos, tanto en el cuerpo normativo de la Constitución, como en los instrumentos internacionales de los que el Estado mexicano es parte; constituyéndose de esta manera, ambos complejos normativos, en segmentos cardinales formantes del parasol defensor supremo conocido como *bloque de constitucionalidad*³; –vislumbrado éste en una *unidad indeleble*, o en palabras de la colombiana *Laura Ospina Mejía*⁴, entendido como un *todo indisoluble*—.

² Reformado en virtud del respectivo decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, para quedar concordado de acuerdo a la siguiente morfología normativa: Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

³ Cuño cincelado bajo la intercesión de la experiencia jurídica francesa que data desde la década de los 70's, cuando el *Consejo Constitucional* Francés emitió el connotado fallo del 16 de julio de 1971 –aunque no fue el primero, ni el único arquetipo, ya que en una decisión previa del mismo órgano pronunciada el 19 de junio de 1970, ya se le había otorgado valor normativo al preámbulo de la Constitución de 1958—. En virtud de la resolución *en comento*, se le otorgó valía forense de condición constitucional al preámbulo de la Constitución para analizar la ley exteriorizada en el caso específico, y cuya esencia era tasar la *libertad de asociación* estableciéndole fronteras contrarias a los linderos establecidos en los llamados *principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República*, a los que se alude en el propio Preámbulo, y en consecuencia, ante tal remisión simultánea, integrantes desde ese preciso momento del *bloque constitucional francés* (En la actualidad la doctrina francesa reconoce que su *bloque* se encuentra integrado por el articulado de la Constitución de 1958, la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de octubre de 1789*, el *Preámbulo de la Constitución del 7 de octubre de 1946*, los *principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República*, y la *Carta del Medio Ambiente adoptada el 28 de febrero de 2005 mediante ley Constitucional*). Al respecto, en el caso mexicano ¿es posible precisar cómo se conforma nuestro *bloque de constitucionalidad*?

⁴ Ospina Mejía, Laura. Artículo titulado “*Breve aproximación al bloque de constitucionalidad en Francia*”. IJJ/UNAM. Pág. 181. Texto consultado el 19 de julio de 2013 a las 11:06 am, en la dirección electrónica www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/2/cnt/cnt8.pdf

2. LOS DERECHOS HUMANOS

De la lectura del primer párrafo del precepto constitucional objeto de estas reflexiones preliminares, se puede, válidamente, concluir que las personas gozan, no sólo de los *derechos humanos*, sino también de las *garantías* que le son propias para lograr su protección, pero que a la vez, no pueden confundirse para fundir ambas instituciones en un mismo concepto. Acertadamente, con la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, se rompió con la tradición constitucional sentada desde 1917, cuando el Constituyente de la época les denominó “*garantías individuales*”, favoreciendo con ello se confundiera el *continente* y el *contenido*.

Los *Derechos Humanos* —algunos autores se refieren a ellos como *libertades fundamentales* o *básicas*, o en otros casos, como el de *José Carbonell*, se refieren a ellos como *Derechos Fundamentales*—, se sirven de las *garantías*, como herramientas procesales de resguardo que son, para mantener su integridad ante cualquier violación o intento de transgresión, y así evitar el atropello, o en su caso, de no ser posible constituirse en el vehículo para que se repare el daño sufrido. Por ejemplo, de acuerdo al *bloque constitucional* mexicano, toda persona tiene derecho a la *libertad de expresión* —*Derecho Humano* o *Fundamental*—, pero también tiene derecho a la(s) *garantía(s)* que hace(n) viable su salvaguardia, como lo es el solicitar, vía *amparo* la protección de la justicia federal cuando una autoridad se extralimita frente al gobernado poniendo en jaque el derecho sustantivo que le concierne, y que le es propio por el simple hecho de *ser y existir*, a saber: Expresar, libre y responsablemente, su pensamiento en un marco de propia autonomía.

3. DERECHOS Y GARANTÍAS

Al respecto *Luigi Ferrajoli*⁵ sostiene que si confundimos *derechos* y *garantías* resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra,

⁵ Ferrajoli, Luigi. Artículo titulado “*Derechos Fundamentales*” publicado en la obra colectiva “*Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*”. Editorial Trotta. Madrid, 2009. Pág. 45.

en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes⁶.

Antes de culminar con el breve abordaje que se ha hecho respecto del primer párrafo del artículo primero constitucional, es preciso mencionar que, ni el ejercicio de las garantías, ni el de los *Derechos Humanos* puede confinarse ni suspenderse, salvo en los supuestos y bajo las condiciones que la propia Constitución ha instituido.

Ahora bien, el artículo constitucional objeto de este análisis preliminar dispone que las normas relativas a los *derechos humanos* se deben interpretar de conformidad con lo consagrado, tanto en la Constitución, como lo contemplado en los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; lo que la doctrina ha sentado como la *interpretación conforme y pro homine*.

4. PRINCIPIOS

Asimismo, el referido precepto, establece, enfáticamente, en su tercer párrafo, que en México todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los *derechos humanos* de conformidad con los principios de *universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*. En consecuencia, el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los *derechos humanos*.

El primero de los principios antes enunciados, en palabras de *Pedro Nikken*⁷, supone que deben abarcarse todos los derechos y a los titulares de los *derechos humanos* que sean inherentes a la condición humana, no pudiendo invocarse diferencias de regímenes políticos, sociales o culturales. En cuanto a la *interdependencia*, *Marcelo Raffin*⁸ sostiene que los ordenamientos jurídicos internacional e interno se presentan en

⁶ Asimismo, *Luigi Ferrajoli* explica que la principal razón para distinguir conceptualmente entre *derechos subjetivos* –que son las expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica—, y los deberes correspondientes que constituyen las *garantías* asimismo dictadas por normas jurídicas, es la estructura *nomodinámica* del derecho moderno, en virtud del principio de legalidad como norma de reconocimiento de las normas positivamente existentes; la que obliga a reconocer que los derechos existen si y sólo si están normativamente establecidos, así como las garantías constituidas por las obligaciones y prohibiciones correspondientes entre si y solo si ellas se encuentran normativamente establecidas (Ver Ferrajoli, Luigi. Artículo titulado “*Derechos Fundamentales*” publicado en la obra colectiva “*Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*”. Op. Cit. Págs. 45 a 52.

⁷ Nikken, Pedro. Artículo titulado "El concepto de Derechos Humanos", publicado en "Estudios básicos de Derechos Humanos I". Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1994. Pág. 22.

⁸ Raffin, Marcelo. "La globalización de la efectiva vigencia de los derechos humanos. El rol de las personas en la búsqueda de la perfección de los sistemas de control internacionales. El Control de Convencionalidad. Editorial Ediar. Buenos Aires, 2008. Pág. 215.

constante interacción para salvaguardar los derechos consagrados. Finalmente, el principio de *progresividad* destaca, por un lado que entre varias exégesis posibles de una norma, debe preferirse la que restrinja en menor escala el derecho en juego⁹, y por el otro prohíbe cualquier retroceso en las medidas establecidas para el ejercicio, tutela, reparación y/o efectividad de un derecho.

5. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Ahora bien, el fundamento del *bloque de constitucionalidad* lo encontramos al vincular el contenido del artículo primero constitucional con el 133, pues de su entremezcla se desprende que el referido término puede catalogarse como una *categoría jurídica*, cuyo tejido conceptual posee una elasticidad semántica de tal grado, que le permite cubrir bajo su manto, no sólo a las normas expresamente talladas por el poder Constituyente en la corteza del propio texto fundacional de un Estado, sino que también le permite contemplar dentro de su *halo* a todos aquellos principios¹⁰ y valores que, aun cuando se encuentran dispersos en la geografía del complejo normativo de un país, sin ser formalmente parte del texto constitucional como tal, comparten su ideología con aquellas, logrando la misma jerarquía suprema que las identifica -materialmente hablando-, como parte integrante del alma constitucional de un país, toda vez que la misma *Carta Magna* remite a ellos, ya expresa, ya tácitamente.

Por ende, el solo hecho de reconocer la existencia de un *bloque de constitucionalidad*, supone en sí mismo una intensa y ardua labor que debe realizarse permanentemente para identificar todos los valores y principios que pueden asumir la referida categoría de orden constitucional al ser el objeto céntrico de una referencia contenida en una norma de índole fundacional.

Es importante resaltar que para que pueda hablarse de un bloque de constitucionalidad, es necesario que exista una *cláusula de remisión*. La operación lógica que supone aplicar dicha *cláusula* le permite a un Estado enriquecer su texto

⁹ Sagües, Néstor Pedro. "La interpretación judicial de la Constitución". Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires, 2006. Pág. 213.

¹⁰ Los principios no están diseñados a través de una hipótesis normativa que establezca sus límites, no son creados para regular una situación específica como las reglas, no se aplican a través de una consecuencia previamente definida, sino que son criterios orientadores para ser utilizados en la resolución de un conflicto de acuerdo con las características y contexto de éste... No son comandos inmediatamente descriptivos de conductas específicas... (Cfr. Martínez Lazcano, Alfonso Jaime. Artículo titulado "Los principios jurídicos de la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en los casos mexicanos", publicado en la obra colectiva "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos". Revista Jurídica Primera Instancia. Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 2012. Pág. 36).

expreso constitucional con elementos que amplifiquen el escudo de protección con el que cuentan los integrantes de una sociedad para lograr pervivir y trascender a todas aquellas circunstancias terrenales que podrían detonar su destrucción, de no contar con un vasto catálogo de *derechos básicos* en continua expansión, pues es ya de dominio universal el saber que el hombre mismo se ha convertido a lo largo de su historia en su propio lobo.

En dicha tesitura, el *bloque de constitucionalidad* y la *cláusula de remisión* deben entenderse como un fórmula dinámica de naturaleza expansiva que debe ser catalizada permanentemente por el principio de *progresividad*, y que de suyo, todo esto debiera ser suficiente para neutralizar cualquier indicio que, en materia de *Derechos Humanos*, intentara abrir brecha hacia la regresividad.

El alcance y valor constitucional que adquieren los principios, o bien las normas que no se encuentran insertas en la Constitución, pero que dada su identidad axiológica profunda, su remisión expresa o tácita es, más que deseable, necesaria (como lo es el caso de las descritas en los Tratados Internacionales en materia de *Derechos Humanos*), genera una integración sistemática de normas específicas que dan sentido a la realidad social que se vive en un *momentum*.

En este mismo orden de ideas, el *bloque de constitucionalidad* debe contemplarse en todo tiempo como una herramienta de naturaleza netamente descriptiva, no es, ni puede ser de índole prescriptiva, toda vez que el bloque como tal, lo único que hace es permitir que una norma sea entendida como parte del orden jurídico constitucional en razón de la aplicación de la cláusula de remisión; es decir, el bloque en sí mismo no establece derechos, es un neurotransmisor, no la idea, no el valor a defenderse.

Por otro lado, hay que reconocer que los *factores reales de poder* -que dicho sea de paso, en todo Estado se hacen patente-, comúnmente entretujan, con su muy peculiar inercia política, una red de intereses y valores entendidos que les permite controlar y manejar, a su arbitrario albedrío, el plan de vuelo del sistema social del cual forman parte. Los referidos *factores reales de poder*, en algunas ocasiones olvidan – desafortunadamente—, el fin para el cual fueron creados por los integrantes de la sociedad en la que operan, desviando el camino que originariamente fue trazado de acuerdo a la ideología que les dio cohesión para erigirse con el poder que detentan. En este sentido es que dichos *factores reales de poder* suelen ser entidades -una suerte de *bestias* difíciles, no sólo de *domesticar*, sino de mantener *domesticadas*-; y si a eso le

sumamos que con el paso del tiempo, van perdiendo memoria social, ya sea por conveniencia propia de los guías en turno, o bien por falta de identidad ideológica entre el conductor y los conducidos; todo ello propicia una erosión axiológica en el terreno del sistema, que suele desactivar la conciencia crítica social, transformando tierra fértil, en parajes semidesérticos inhabitables, a grado tal que el sistema deja de responder a las necesidades básicas de sus miembros, perdiendo intensidad en la concreción de las metas aspiracionales que como sociedad fueron trazadas al constituirse en una comunidad perteneciente a lo que hoy conocemos como modernidad.

En esos instantes -eternos dirían algunos-, en donde la *brújula* interna Estatal pierde *Norte*, se cristaliza una realidad social específica percibida por sus integrantes como una *crisis existencial societaria*, pues la operación del sistema comienza a perder, no sólo profundidad, sino también consistencia; los órganos gubernamentales empiezan a fallar, pues dejan de interpretar su lógica constitucional primigenia -que cierto es, en un primer momento pensada, intencionalmente, con dimensiones acotadas para no pecar de ambición desmedida; pero que cierto también lo es, que dicha lógica constitucional primaria no debe, ni puede mantenerse del mismo tamaño por siempre-.

En los momentos de *crisis existencial societaria*, la actividad interpretativa que tiene lugar gracias a la *cláusula de remisión* y el *bloque de constitucionalidad*, tienen la suerte de generar una onda expansiva, que dilata y ensancha el músculo constitucional, logrando que esa "*carta fundante* plagada de buenas intenciones" (v.g. toda persona tiene derecho a una vivienda digna), evolucione materializándose en derechos; derechos que no sólo respiran y laten, sino que son tangibles, que pueden ser tocados, que en el sentido amplio de la palabra, se pueden vivenciar (cuando esa persona a la que alude el texto constitucional pierde ese nivel de abstracción para asumir una identidad y con ella ser susceptible de adquirir un bien inmueble que reúna condiciones mínimas para *vivirla*).

Estas son, quizá, las razones de mayor calado, que explican el por qué el contar con un *bloque de constitucionalidad* no puede entenderse como un elemento de lujo, propio de la modernidad constitucional, ni que sea exclusivo de los países occidentales de vanguardia. En esos momentos en que la brújula interna Estatal perdió *Norte*, o en el que los órganos gubernamentales se dedican sólo a aplicar la textualidad constitucional, es que las normas internacionales en materia de *Derechos Humanos* adquieren peculiar relevancia, pues aunque la conciencia interna de ese país se encuentre en un espasmo existencial, la *conciencia crítica internacional* en continuo movimiento provocará que

en el país de mérito las buenas intenciones maduren en Derechos de carne y hueso. En este mismo sentido, la pluma paraguaya de *Pablo Bernié Villalba*¹¹ refiere que el derecho internacional ingresa al derecho nacional en forma de Pactos que obligan al Estado su implementación y la aceptación de las competencias internacionales.

En este sentido, con la reforma del 2011 al texto constitucional mexicano, se introduce, al menos formalmente, a la geografía de nuestro complejo normativo, la ya explicada fórmula dinámica de naturaleza expansiva, conformada por la *cláusula de remisión* y la categoría de *bloque de constitucionalidad*, al insertar, no sólo en el primer párrafo del artículo primero una *cláusula remisoria jerárquica*¹² disponiendo que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte; sino también al agregar en su segundo párrafo una *cláusula remisoria interpretativa*, en virtud de la cual las normas relativas a los *derechos humanos* se deben interpretar de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales en la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.

Así, el *status* de rango Constitucional que nuestra *Carta Magna* confiere a los instrumentos internacionales de *derechos humanos* responde, según explica *Rodrigo Uprimny*¹³, al hecho de que existe una afinidad axiológica y normativa profunda entre el derecho internacional contemporáneo y el derecho interno de la época, porque el primero, a partir de la *Carta de las Naciones Unidas* y de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948*, sitúa a los *derechos humanos* en su cúspide, y por su parte el segundo, hace lo propio al ubicar de modo equivalente a los derechos constitucionales y fundamentales.

6. TIPOS DE CONTROLES

¹¹ Cfr. Bernié Villalba, Pablo. Artículo titulado "Reflexiones sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Una Visión Crítica", publicado en la obra colectiva "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos". Revista Jurídica Primera Instancia. Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 2012. Pág. 396).

¹² Para ahondar en la tipología de las cláusulas de remisión, ver Uprimny Yepes, Rodrigo. "Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal". Consejo Superior de la Judicatura-Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2008. Versión electrónica disponible en <http://www.ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a16/1.pdf> página consultada el 13 de julio de 2013.

¹³ Cfr. Uprimny Yepes, Rodrigo. "Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal". Consejo Superior de la Judicatura-Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2008. Pág. 54. Versión electrónica disponible en <http://www.ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a16/1.pdf>, página consultada el 18 de junio de 2013.

Ahora bien, ¿Qué trascendencia o efectos jurídicos tiene para el sistema jurídico mexicano, el contenido de los instrumentos internacionales en materia de *derechos humanos*? Al respecto, hay que recordar que los órganos de justicia nacional están obligados a ejercer tres tipos de controles:

- a) El *Control de Constitucionalidad*;
- b) El *Control de Convencionalidad*; y
- c) El *Control Difuso de Convencionalidad*¹⁴.

El primero de ellos, el de *constitucionalidad*, persigue el objeto de desaplicar una norma jurídica que sea incompatible con la *Ley Fundamental*; el segundo, el de *convencionalidad*, se genera respecto de actos de autoridad, entre ellos, normas de alcance general, conforme a las atribuciones que les confieren los ordenamientos a los que se hallan sujetos y las disposiciones del derecho internacional de los *derechos humanos* a las que se encuentren vinculados por la concertación, ratificación o adhesión de los tratados o convenciones del presidente de la República; y por último, el *difuso de convencionalidad*, que queda depositado tanto en tribunales internacionales, o supranacionales, como en los nacionales, a quienes mediante aquél se les encomienda la nueva justicia regional de los derechos humanos y adquieren, además, la obligación de adoptar en su aparato jurídico tanto las normas como su interpretación a través de políticas y leyes que garanticen el respeto a los derechos humanos y sus garantías explícitas previstas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos internacionales, con el objeto de maximizar los *derechos humanos*.¹⁵

Si bien es cierto que el *control difuso de convencionalidad* debe ser ejercido por los jueces nacionales, también lo es que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) aprobó la tesis aislada¹⁶ número LXIX/2011(9a.)¹⁷, en la que se

¹⁴ En virtud de la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la SCJN se determinó dejar 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 NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.’, derivado de la entrada en vigor del Decreto por el que se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.

¹⁵ CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD. ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLOS TODOS LOS ÓRGANOS DE JUSTICIA NACIONAL PARA GARANTIZAR EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS. 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3; Pág. 1685 (Tesis Asilada).

¹⁶ Tesis que se origina tras la resolución emitida por la SCJN emitida en el juicio, el 14 de julio de 2011, por mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

establece que al ejercer el *control de convencionalidad*¹⁷ *ex officio* el poder judicial debe tomar en cuenta las siguientes directrices:

a) Debe, en primera instancia, buscar la *interpretación conforme en sentido amplio*, lo que se traduce en que los juzgadores del país –responsabilidad jurídica del que no se pueden escapar tampoco las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico, no sólo bajo el amparo, sino que también en armonía al catálogo de *derechos humanos* reconocidos en nuestra propia Constitución y en los tratados internacionales que formen parte de nuestro sistema jurídico, beneficiando en todo momento a las personas con el resguardo más extenso posible.

b) De no ser viable, entonces se deberá inclinar por la *interpretación conforme en sentido estricto*, es decir, cuando hay diversas interpretaciones jurídicamente legítimas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, elegir aquella que hace a la ley afín a los *derechos humanos* reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para impedir transgredir o infringir el contenido cardinal de estos derechos; y,

c) En última instancia, se procederá a la *inaplicación de la ley* cuando las opciones anteriores no sean dables.

En suma, este *control* opera a través de la potestad con la que cuentan los jueces nacionales para *inaplicar* normas internas, cuando éstas son contrarias a un instrumento internacional en el que México sea parte y en él se tutele algún *derecho humano*. Esta posibilidad en ningún momento supone el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de la ley que le contiene, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación¹⁹.

¹⁷ PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 552

¹⁸ Recordar que el control de convencionalidad *ex officio* supone la posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, pero en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación.

¹⁹ Esta facultad en el juez ordinario para *inaplicar* una norma interna, de acuerdo a lo que ha expuesto la SCJN, no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del 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 y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.

Por lo tanto, en la actualidad existen dos trayectos dentro del sendero que supone nuestro modelo general de control de constitucionalidad. La primer vía, el *control concentrado* en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control, tales como: *acciones de inconstitucionalidad*, *controversias constitucionales* y *amparo directo e indirecto*; la segunda senda, el control que deben ejercer el resto de los juzgadores del país, en forma complementaria, durante los procesos ordinarios que se tramitan ante su jurisdicción —sin que sea preciso iniciar un nuevo expediente por cuerda separada—.

De esta manera la SCJN ha sostenido que ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema que, como hemos visto, es concentrado en una parte y difuso en otra y que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, los que finalmente fluyan hacia la Suprema Corte para que sea ésta la que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Puede haber ejemplos de casos de inaplicación que no sean revisables en las vías directas o concentradas de control, pero esto no hace inviable la otra vertiente del modelo general. Provoca que durante su operación, la misma Suprema Corte y el legislador revisen, respectivamente, los criterios y normas que establecen las condiciones de procedencia en las vías directas de control para procesos específicos y evalúen puntualmente la necesidad de su modificación

Además de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2º de la *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*²⁰ ordena que los Estados Parte se comprometan a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o *de otro carácter* que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades mencionados en el propio instrumento internacional. Por lo tanto, como

²⁰ Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y nueve, el presidente de la República hizo del conocimiento general la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de forma tal que los Estados Unidos Mexicanos reconoció, en forma general y con el carácter de obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de dicho órgano jurisdiccional sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este reconocimiento de jurisdicción competencia contenciosa de la CIDH implica que existe la obligación de los Estados Unidos Mexicanos de cumplir con las decisiones que emita ese órgano jurisdiccional en donde condene a México.

medidas de otro carácter deben entenderse las que adopte el poder judicial para cumplir las sentencias que emite la *CIDH*, como lo fue en el caso *Rosendo Radilla*.

En este mismo sentido, el *primer tribunal colegiado en materia, administrativa y de trabajo del décimo primer circuito*²¹ ha sostenido que:

“...los tribunales mexicanos tienen la obligación de adoptar las medidas que garanticen la aplicación efectiva de los derechos humanos, sin que sea válido invocar las disposiciones de derecho interno para su inobservancia; toda vez que la construcción de un orden de convencionalidad constituye no sólo una garantía de los derechos y libertades del ser humano, sino también una oportunidad para que los tribunales los desarrollen en un ambiente de eficacia y de esa manera el Estado Mexicano cumpla con sus deberes internacionales²².

De acuerdo a lo que expone este tribunal colegiado la construcción del *orden de convencionalidad* se hace midiendo las normas del derecho promulgado internamente en el país con la medida jurídica proveniente del derecho internacional, con la intención de estimar aquellas normas al amparo de las anunciadas en los tratados, y así estar en posibilidad de resolver su contrariedad o no para efectos de su expulsión del orden judicial nacional²³.

Una vez aceptado que, a través del *control difuso de convencionalidad* –aplicando la *cláusula de remisión* y reconociendo la existencia de un *bloque de constitucionalidad* en México—, el juez debe velar por la aplicación de los *derechos humanos* contemplados en los tratados internacionales; es procedente contestar, sí las sentencias de la *CIDH* forman o no parte de ese *bloque de constitucionalidad*.

Al resolver el expediente varios 912/2010, el Pleno de la *SCJN* sostuvo que las sentencias que dicta la *CIDH* en aquellos supuestos en los que el Estado Mexicano funge como parte en una controversia o litigio ante su jurisdicción, le son vinculatorias –no sólo en su parte resolutive, sino también en la considerativa—, ya que dicha resolución constituye cosa juzgada, y sólo le corresponde exclusivamente a la propia

²¹ DERECHOS HUMANOS. PARA HACERLOS EFECTIVOS, ENTRE OTRAS MEDIDAS, LOS TRIBUNALES MEXICANOS DEBEN ADECUAR LAS NORMAS DE DERECHO INTERNO MEDIANTE SU INTERPRETACIÓN RESPECTO DEL DERECHO CONVENCIONAL.10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3; Pág. 1724 (Tesis Aislada).

²² Ver: *Observaciones Generales número 31 (80) del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* - aprobadas el 29 de marzo de 2004-.

²³ Cfr. Op Cit. DERECHOS HUMANOS. PARA HACERLOS EFECTIVOS, ENTRE OTRAS MEDIDAS, LOS TRIBUNALES MEXICANOS DEBEN ADECUAR LAS NORMAS DE DERECHO INTERNO MEDIANTE SU INTERPRETACIÓN RESPECTO DEL DERECHO CONVENCIONAL.10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3; Pág. 1724

CIDH evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano; es decir, dicho análisis no le corresponde a la SCJN, ya que aún como Tribunal Constitucional que es, la Suprema Corte no puede evaluar ningún litigio ni cuestionar la competencia de la CIDH, sino sólo limitarse a su cumplimiento en la parte que le corresponde y en sus términos. En este sentido, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la CIDH, en sede internacional, es correcta o incorrecta, o si la misma se excede en relación a las normas que rigen su materia y proceso. En dicha tesitura, la SCJN no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la CIDH.

Así entonces, las resoluciones pronunciadas por la CIDH —cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado Mexicano—, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio. Ahora bien, el resto de la jurisprudencia de la CIDH que deriva de las sentencias en donde el Estado Mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de *criterio orientador* de todas las decisiones de los Jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona. Al respecto resulta interesante dar lectura a la siguiente tesis sostenida por el Pleno de la SCJN:

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 MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL²⁴. Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución

²⁴ Cfr. 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 550.

Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos. De este modo, los jueces nacionales deben inicialmente observar los derechos humanos reconocidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y que en ese sentido se procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger²⁵.

Al respecto el Mag. Edgar Gaytán Galván²⁶ en el voto particular emitido en el amparo directo 196/2012(Cuaderno Auxiliar 108/2012) sostiene que:

El nuevo paradigma derivado de las reformas constitucionales en materia de protección a los derechos humanos y los compromisos internacionales adoptados por el Estado Mexicano, obliga a este tribunal a ejercer ex officio el control de convencionalidad a fin de que la norma que como premisa mayor sustente su decisión sea conforme con los principios rectores del mismo, buscando siempre la interpretación que mayor amplitud de a los derechos humanos.

De esta manera, derivado de la sentencia de la CIDH en el "*Caso Rosendo Radilla*", resultó entre otras la obligación a cargo de los jueces de llevar a cabo un

²⁵ Esto no prejuzga sobre la posibilidad de que sean los criterios internos aquellos que cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución, lo cual tendrá que valorarse caso por caso, a fin de garantizar siempre la mayor protección de los *derechos humanos*.

²⁶ Décima Época Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Voto: Tribunales Colegiados de Circuito. Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 4. Pág. 2499.

control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad.

En dicho contexto, la labor del juez mexicano se torna en una actividad aún más compleja, pues no sólo debe resolver fundando y motivando su resolución²⁷ de conformidad a la lógica constitucional primigenia de México, y atendiendo al marco normativo vigente de nuestro país, sino que además debe aplicar la lógica que impera en el derecho internacional. Lógica que se deriva, tanto del *ius cogens*, como de los tratados internacionales de los que México es parte²⁸.

En razón de todo lo analizado, en la actualidad es posible sostener que el *control difuso de convencionalidad* es uno de los mecanismos jurídicos que hace viable, en la vida práctica, la materialización de los *derechos humanos* que integran el *bloque de constitucionalidad mexicano*, conformado éste no sólo con los derechos subjetivos reconocidos en nuestra *Carta Magna*, sino también con los vislumbrados en los tratados internacionales de los que México sea parte —aún en aquellos que no su contenido no sea estrictamente en materia de *derechos humanos*, pero que en su texto pudiera contemplarse la protección de un *derecho humano* en específico, por ejemplo en tratados de libre comercio—.

Esta materialización se consigue, entre otras formas, con la injerencia judicial que, de acuerdo al artículo primero constitucional, debe originarse en cada caso concreto que es sometido al arbitrio judicial, ya que los jueces tienen la atribución de decidir *motu proprio* si una norma interna la inaplican en virtud de que reconozcan que es contraria a un *derecho humano* contemplado en algún tratado internacional del cuál México es Parte. Así, como parte de sus facultades no se encuentra inmersa el efectuar una declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, ni mucho menos expulsarla del sistema normativo, ya que únicamente puede optar por su *no aplicación* en el caso reducido bajo su análisis.

²⁷ Actualmente, tal y como lo sostiene Osvaldo Gozaíni, el juez debe buscar cumplir con el *principio de razonabilidad*, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución, es decir, no es suficiente cumplir con el debido proceso como tradicionalmente se ha manejado (Cfr. Gozaíni, Osvaldo. Artículo titulado "Jurisprudencia", publicado en la obra colectiva "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos". Revista Jurídica Primera Instancia. Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 2012. Pág. 283).

²⁸ En palabras de Alonso Gómez-Robledo el derecho internacional consuetudinario "...tienen el status de normas de *ius cogens*, en el sentido de ser normas imperativas de derecho internacional general, aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como normas que no admiten acuerdo en contrario" (Cfr. Gómez-Robledo Verduzco, Alonso. Derechos Humanos en el sistema interamericano. Editorial Porrúa/UNAM. México, 2000 .Pág. 91).

Por último, hay que recordar en todo momento, como lo expresa *Alfonso Jaime Martínez Lazcano*²⁹ que "...los derechos humanos no deben ser restringidos por el Estado, sino al contrario, debe promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en conformidad con los principios de *universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*; y además, como indica el jurista panameño, *Boris Barrios*³⁰:

“Vale concluir que el compromiso adquirido por los Estados Partes de la Convención Interamericana de Derechos Humanos obedece al proceso de evolución de las doctrinas de Derecho Público que han cimentado las instituciones políticas al reconocimiento de los derechos humanos, como fundamento de legitimidad del moderno Estado constitucional, teniendo por supuesto el valor absoluto de la persona humana.”

7. CONCLUSIONES

Las personas gozan, no sólo de los *derechos humanos*, sino también de las *garantías* que le son propias para lograr su protección, pero que a la vez, no pueden confundirse para fundir ambas instituciones en un mismo concepto.

Los *Derechos Humanos* —algunos autores se refieren a ellos como *libertades fundamentales* o *básicas*, o en otros casos, como el de *José Carbonell*, se refieren a ellos como *Derechos Fundamentales*—.

Es preciso mencionar que, ni el ejercicio de las garantías, ni el de los *Derechos Humanos* puede confinarse ni suspenderse, salvo en los supuestos y bajo las condiciones que la propia Constitución ha instituido

El solo hecho de reconocer la existencia de un *bloqueo de constitucionalidad*, supone en sí mismo una intensa y ardua labor que debe realizarse permanentemente para identificar todos los valores y principios que pueden asumir la referida categoría de orden constitucional al ser el objeto céntrico de una referencia contenida en una norma de índole fundacional.

²⁹ *Martínez Lazcano, Alfonso Jaime*. Artículo titulado "Los Principios Jurídicos de la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en los casos mexicanos", publicado en la obra colectiva "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos". Revista Jurídica Primera Instancia. Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 2012. Pág. 35.

³⁰ *Barrios González, Boris*. Artículo titulado "El cumplimiento y ejecución de las sentencias de la CIDH por los Estados Parte", publicado en la obra colectiva "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos". Revista Jurídica Primera Instancia. Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 2012. Pág. 345).

Para que pueda hablarse de un bloque de constitucionalidad, es necesario que exista una *cláusula de remisión*.

El *bloque de constitucionalidad* y la *cláusula de remisión* deben entenderse como un fórmula dinámica de naturaleza expansiva que debe ser catalizada permanentemente por el principio de *progresividad*, y que de suyo, todo esto debiera ser suficiente para neutralizar cualquier indicio que, en materia de *Derechos Humanos*, intentara abrir brecha hacia la regresividad.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BARRIOS GONZÁLEZ, Boris, Artículo titulado "El cumplimiento y ejecución de las sentencias de la CIDH por los Estados Parte", publicado en la obra colectiva "*Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*". Revista Jurídica Primera Instancia. Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 2012.
- Bernié Villalba, Pablo, Artículo titulado "Reflexiones sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Una Visión Crítica", publicado en la obra colectiva "*Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*", Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, Artículo titulado "*Derechos Fundamentales*" publicado en la obra colectiva "*Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*", Editorial Trotta. Madrid, 2009, Pág. 45.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Editorial Porrúa/UNAM, México, 2000.
- GOZAÍNI, Osvaldo, Artículo titulado "Jurisprudencia", publicado en la obra colectiva "*Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*", Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 2012.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, Artículo titulado "Los principios jurídicos de la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en los casos mexicanos", publicado en la obra colectiva "*Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*". Revista Jurídica Primera Instancia. Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 2012.
- NIKKEN, Pedro, Artículo titulado "El concepto de Derechos Humanos", publicado en "Estudios básicos de Derechos Humanos I", Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1994, Pág. 22.

- OSPINA MEJÍA, Laura, Artículo titulado "*Breve aproximación al bloque de constitucionalidad en Francia*". IJJ/UNAM. Pág. 181. Texto consultado el 19 de julio de 2013 a las 11:06 am, en la dirección electrónica www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/2/cnt/cnt8.pdf
- RAFFIN, Marcelo, "La globalización de la efectiva vigencia de los derechos humanos, El rol de las personas en la búsqueda de la perfección de los sistemas de control internacionales, El Control de Convencionalidad, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 215.
- SAGÜES, Néstor Pedro, "La interpretación judicial de la Constitución", Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo, "Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal", Consejo Superior de la Judicatura-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, Versión electrónica disponible en <http://www.ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a16/1.pdf>