



CONTROL DE
CONVENCIONALIDAD Y LA
REFORMA
CONSTITUCIONAL
EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Santiago Nieto Castillo

30

Cuadernos de Divulgación
de la Justicia Electoral



30 Cuadernos de Divulgación
de la Justicia Electoral

**Control de convencionalidad
y la reforma constitucional
en materia de derechos humanos**

Santiago Nieto Castillo

Licenciado en Derecho por
la Universidad Autónoma de
Querétaro, doctor en Derecho por
la Facultad de Derecho de la UNAM.
Investigador del
Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM.

341.472
N388c

Nieto Castillo, Santiago.

Control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos / Santiago Nieto Castillo. -- 1^a ed. -- México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014.

127 p. -- (Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral; 30)

ISBN 978-607-708-263-7

1. Derechos humanos -- México. 2. Interpretación del derecho -- México. 3. Control de convencionalidad -- México. 4. México -- Tratados internacionales. I. Título. II. Serie.

SERIE CUADERNOS DE DIVULGACIÓN DE LA JUSTICIA ELECTORAL

Primera edición 2014.

D.R. © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Carlota Armero núm. 5000, colonia CTM Culhuacán,
CP 04480, delegación Coyoacán, México, DF.
Teléfonos 5728-2300 y 5728-2400.

Coordinación: Centro de Capacitación Judicial Electoral.

Las opiniones expresadas en el presente número son responsabilidad exclusiva del autor.

ISBN 978-607-708-263-7

Impreso en México.

DIRECTORIO

Sala Superior

Magistrado José Alejandro Luna Ramos
Presidente

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa
Magistrado Constancio Carrasco Daza
Magistrado Flavio Galván Rivera
Magistrado Manuel González Oropeza
Magistrado Salvador O. Nava Gomar
Magistrado Pedro Esteban Penagos López

Comité Académico y Editorial

Magistrado José Alejandro Luna Ramos
Magistrado Flavio Galván Rivera
Magistrado Manuel González Oropeza
Magistrado Salvador O. Nava Gomar
Dr. Álvaro Arreola Ayala
Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Dr. Hugo Saúl Ramírez García
Dra. Elisa Speckman Guerra

Secretarios Técnicos

Dr. Carlos Báez Silva
Lic. Ricardo Barraza Gómez

ÍNDICE

Presentación	9
Breve reflexión previa sobre las transiciones jurídicas.....	11
Transición democrática, reconstitucionalización y Estado constitucional de derecho	14
Elementos del Estado constitucional de derecho.....	16
Bases que cimentaron los elementos del nuevo paradigma mexicano (1994-2011)	19
Elementos configurativos del nuevo paradigma mexicano.....	25
Control de convencionalidad a partir de la reforma. Impacto en materia electoral	47
Análisis prospectivo. ¿Cuál es el futuro del control de convencionalidad?	82
Adenda	99
Fuentes consultadas	124

PRESENTACIÓN

En el presente trabajo Santiago Nieto, el académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pretende mostrar la importancia de la reforma constitucional en derechos humanos de 2011 y sus implicaciones jurídicas, siendo su propósito central indagar sobre el impacto de ésta en la comprensión y práctica del Derecho electoral mexicano.

En siete secciones prolíjamente revisadas, Nieto muestra la relación que se ha presentado entre la transición jurídica y la democrática en México, además de las consecuencias que tal vinculación ha traído para la práctica jurisdiccional en asuntos de carácter electoral.

En las tres primeras secciones el autor muestra la importancia de la discusión teórica respecto de los derechos humanos y los contenidos que informan su perspectiva conceptual. En este sentido, Nieto menciona que el debate sobre los derechos humanos es una discusión de gran calado a la que está arribando el foro jurídico mexicano.

De acuerdo con Nieto, la acentuada división de poderes, la judicialización de la política, la coexistencia de reglas y principios, la tutela de los derechos humanos y el control de convencionalidad *ex officio* son los elementos constitutivos del Estado constitucional de derecho, de ahí su importancia para revisarlos.

En las secciones de la cuarta en adelante, el académico describe y analiza la importancia que ha tenido la reforma en derechos humanos en el campo del Derecho electoral mexicano, que se ha conservado a la vanguardia en aplicación de criterios que han extendido la cobertura de los derechos políticos.

En una descripción cronológica, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ha ejercido, con matices de intensidad diferenciada, un control de convencionalidad en, al menos, tres formas: a) Invocación de tratados internacionales para la construcción de la premisa normativa; b) Migración de criterios internacionales para motivar la resolución de casos en México y, c) Control de convencionalidad para anular actos que infrinjan la

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, lo cierto es que dicho proceso de gestación de la interpretación electoral con perspectiva convencional es incluso anterior a la reforma constitucional de 2011 (CADH, 42-3).

En estas secciones Nieto muestra la importancia de sentencias y criterios que han formulado varios órganos jurisdiccionales, incluyendo las salas del TEPJF, y su impacto en la resolución de casos concretos, además de su implicación para futuras discusiones tanto en la arena jurisdiccional como en la de ámbito académico.

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

Para el TEPJF es importante contar con estudios que muestren las diversas resoluciones e implicaciones de las sentencias emitidas por éste órgano jurisdiccional.

*Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación*

BREVE REFLEXIÓN PREVIA SOBRE LAS TRANSICIONES JURÍDICAS

¿México vive una transición jurídica? ¿Estamos en realidad en presencia de un nuevo paradigma jurídico? La respuesta fácil a estas preguntas es un contundente sí. En los últimos meses, se ha convertido en un pensamiento común considerar que México ha transformado su sistema jurídico de un modelo de legalidad a un modelo de constitucionalidad y convencionalidad donde los derechos humanos se ponen en primer plano. Lo anterior es cierto, si esta idea se ha convertido en un lugar común es porque el agua no ha dejado de sonar en el río. Sin embargo, este tránsito no ha sido sencillo ni ha estado exento de contradicciones, no sólo entre los dos polos de la discusión (formalistas y garantistas), sino entre los propios simpatizantes de cada uno de ellos, que, con frecuencia, no se ponen de acuerdo en las posturas básicas de cada posición, por lo que, la respuesta a si México vive un nuevo paradigma jurídico requiere más reflexión y menos buena intención.

Para responder si México vive una transición jurídica sería preciso responder, en primer término, qué entendemos por transición jurídica. Existen voces en la doctrina que han señalado en qué consisten las dos transiciones del mundo jurídico desde la óptica de la teoría y la filosofía del Derecho (Caballero 1999; Zagrebelsky 1992). Sin embargo, es menester referir qué se debe entender por transición: el periodo de tiempo en el que se desarrolla un cambio de una situación o forma de hacer las cosas a otra. En las décadas de los ochenta y noventa del siglo XX, por ejemplo, la ciencia política construyó el concepto de transición a la democracia, entendida como el transcurso del tiempo en el que un sistema político no democrático se convertía en un sistema democrático. En el ámbito del Derecho se ha construido un concepto similar. Entendemos por transición jurídica el cambio de una forma de entender el derecho a través de la sustitución de un paradigma anterior, por uno nuevo.

Esta transición, han señalado Fix-Fierro y López Ayllón (Fix-Fierro y López Ayllón 2002), puede ocurrir en varios frentes: renovación

del capital humano, reformas legislativas que sustituyan el marco normativo, o por la transformación del modelo de organización jurídico político así como las expectativas en torno a lo jurídico. Desde mi particular óptica, sin pretender cuestionar la clasificación de los autores precitados, se trata de partes de un mismo proceso. Primero existe la reforma normativa o jurisprudencial que construye una nueva forma de entender al derecho que, a su vez, transforma el perfil de jurista de esa sociedad. Por tal motivo, es importante entender si las reformas normativas o jurisprudenciales han sido del arraigo suficiente para transformar la forma de entender al derecho. Ese es el objetivo del presente trabajo, mostrar el grado de avance de dicho proceso y plantear algunas líneas de discusión futura.

Para ello, es preciso reflexionar en torno al concepto de transición jurídica con el fin de determinar si los cinco elementos base que han hecho hablar de un nuevo modelo jurídico son, o no, una transición jurídica per se. Dichos elementos son: la reforma penal a un nuevo sistema penal acusatorio de 2008; la resolución del caso Radilla Pacheco por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, la resolución del asunto varios 912/2010 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en julio de 2011 y la reforma constitucional y legal en materia de amparo del 6 de junio de 2011 y 2013, respectivamente.¹ ¿La suma de estos elementos verdaderamente ha transformado al derecho en el país? ¿Qué tipo de transición jurídica tenemos?

Para contextualizar la última pregunta, quisiera comentar que, desde mi punto vista, se pueden reconstruir, a nivel global, dos transiciones importantes: la primera transición, que consiste en la transformación del Estado absolutista al Estado de Derecho, a través de los procesos históricos de las revoluciones norteamericana y francesa en el siglo XVIII, y la codificación decimonónica, que, dejando de lado la arbitrariedad propia del Estado absolutista

¹ Para efectos del presente artículo, me concentraré en los tres temas que tienen impacto en la materia electoral, dejando de lado la reforma penal y la de amparo.

constituía la idea del principio de legalidad y la obligación de que, gobernantes y gobernados, se sujetaran al mandato de la norma. Los mecanismos tradicionales de interpretación eran la teleológica y la gramatical, al ser el Poder Legislativo el órgano cúspide del Estado. En efecto, quedaba entendido que existía una preeminencia del legislativo al estar facultado para dictar las disposiciones a las que se tenían que sujetar no sólo los ciudadanos, sino la administración y la judicatura (era la época del juez como mecánico aplicador del derecho): siglo de los órganos parlamentarios, que sería sustituido por el siglo de los poderes ejecutivos en el marco de los Estados sociales de derecho del siglo xx, y que, tal parece, será nuevamente sustituido por un siglo de los jueces en la actual centuria.

La segunda transición, del Estado de Derecho legislativo al Estado constitucional de derecho, que Gustavo Zagrebelsky describe de manera puntual en su obra *El Derecho Dúctil* (Zagrebelsky 1992), es el resultado de la superación de las ideas del paleopositivismo y del positivismo clásico, que inició con las discusiones de los Juicios de Nuremberg contra los altos jerarcas nazis por la violación sistemática de derechos humanos y, se consolidó en Europa Occidental a través del proceso de reconstitucionalización de la segunda posguerra (Italia en 1948, Alemania en 1949, Francia en 1946 y 1958, entre otras) que puso énfasis en los tribunales constitucionales y en la interpretación funcional.

En esa línea discursiva, debo señalar que, de existir en nuestro país una transición jurídica en este momento histórico, no podría ser otra que la de la construcción y consolidación del Estado constitucional de derecho, como el proceso que vivió Alemania después de la segunda Guerra Mundial o España después del régimen de Franco y la construcción de la democracia. Lo anterior, lleva a reflexionar en torno a la relación del momento histórico simultáneo entre transición democrática y Estado constitucional de derecho.

TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA, RECONSTITUCIONALIZACIÓN Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Las transiciones democráticas, independientemente del modelo que se haya utilizado (reforma o ruptura) constan, de acuerdo con la doctrina, de dos etapas: la primera la liberalización del régimen, que inicia con la paulatina apertura y cesión-conquista de derechos por parte de la ciudadanía, y que concluye con la alternancia en el ejercicio gubernamental. Existe coincidencia en que, para México, dicho periodo inició con las reformas constitucionales de 1977, cuyo objetivo fue encauzar a la vía institucional y, por tanto, a la electoral, los descontentos sociales por falta de apertura democrática que se habían expresado, desde la década de los sesenta, en las manifestaciones estudiantiles de 1968 y 1971, así como en las diversas guerrillas urbanas y rurales. También existe coincidencia en que el periodo termina con el proceso electoral federal 1999-2000, que significó la alternancia en el ejercicio gubernamental del Partido Revolucionario Institucional al Partido Acción Nacional.

No obstante, la etapa de consolidación democrática del régimen no es tan clara. La ciencia política da respuestas tan ambiguas como "cuando ninguno de los actores políticos considera que existe otra vía que la electoral". Sobra decir que es una respuesta imprecisa. Creo que no recoge con cabalidad los resultados fácticos de los procesos de transición democrática, de forma más clara, en la segunda y tercer olas democráticas, si nos ajustamos a la base conceptual de Huntington.

En efecto, la segunda y tercer olas democráticas se caracterizan porque, al final del proceso, los países construyen nuevos textos constitucionales que se convierten en la base de la nueva normalidad democrática. La segunda ola democrática, que ocurre entre 1943 y 1959, consistió en la liberalización de los países europeos del nazismo, pero también en la independencia de las antiguas colonias europeas en África y Asia. Sobra decir que las democracias en la mayoría de los países recién independizados sucumplieron a

las ambiciones de las dictaduras pocos años después. Sin embargo, quiero detenerme en los países liberados del nazismo. El proceso en esos estados fue diferente, por su propia fortaleza institucional. En cada nación, como se ha mencionado párrafos arriba, se expidió una nueva Constitución que contemplaría, entre otros, los elementos siguientes: derechos humanos, tribunales constitucionales, consejos de la magistratura, partidos políticos y figuras similares al ombudsman.

El objetivo de todas las instituciones formales, administrativas o jurisdiccionales, era la protección de los derechos humanos. Es el surgimiento de la ética de la modernidad: democracia, libre mercado y derechos humanos. Los derechos humanos se ponen en primer plano y los mecanismos procesales de defensa de la Constitución, en el punto de discusión jurídica por excelencia. De la preeminencia del legislativo se da un salto cualitativo a la fortaleza de los tribunales constitucionales.

Este modelo europeo de reconstitucionalización se traslada a América Latina con algunas décadas de atraso. Es en Portugal, con la revolución de los claveles en 1974, y en España, con la caída del régimen post totalitario de Franco y la Constitución de 1978 cuando empieza la tercera ola democrática que impactaría en dos espacios del orbe, principalmente: Europa del Este y América Latina. Rusia en 1993, pero antes Colombia en 1991, emiten nuevos textos constitucionales. Argentina resisteatiza su Constitución en 1994. Guatemala lo había hecho desde 1985. En todos los códigos supremos se plasman las mismas inquietudes: una nueva estructura constitucional que distribuya el poder (fortalecimiento del judicial y del legislativo, surgimiento de órganos constitucionales autónomos) y la necesidad de proteger las libertades básicas de las personas. Las transiciones democráticas concluyen en nuevos textos constitucionales.

México, aunque pareciera lo contrario por la longevidad de nuestra Constitución, no es la excepción. En los años de la tercera ola democrática y la reconstitucionalización de América Latina, México vive procesos de reforma constitucional que, en palabras de Woldenberg, generan una acción expansiva y autorreferente

que termina estableciendo mejores condiciones del juego democrático (Woldenberg, Becerra y Salazar 2000). Las reformas no se hacen esperar: en 1977 se constitucionalizan los partidos políticos; en 1994 se establecen nuevas y renovadas vías de control constitucional que fortalecen la posición de la SCJN como un Tribunal constitucional (en 1996 se ampliaría la acción de inconstitucionalidad a la materia electoral y se establecerían, al menos, dos juicios constitucionales en la materia: JDC y JRC); en 1994 de manera constitucional y en 1995 desde el plano fáctico, surge el Consejo de la Judicatura Federal; desde 1990, pero con mayor fuerza al convertirse en un órgano constitucional autónomo en 1999, se instituye la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH).

Este breve recuento evidencia, a mi juicio, la vinculación fáctica entre los procesos de transición democrática y el perfeccionamiento del control constitucional en los países. En ese marco, desde una perspectiva comparada, México construye el modelo de Estado constitucional de derecho, de la misma forma en que lo hicieron los demás países de la región, e incluso, los países de Europa Occidental 50 años antes. En un proceso de sucesivas reformas constitucionales que fueron perfeccionando el modelo. Sólo faltaba un ingrediente adicional que llegó con las reformas de 2007 y 2011: el control difuso de la constitucionalidad, primero en la materia electiva y después en las demás, y la definición de las libertades y necesidades básicas de las personas y los colectivos con el rubro moderno e universal de los derechos humanos.

ELEMENTOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

De lo expuesto hasta este momento, creo que pueden extraerse tres conclusiones:

- 1) México si se encuentra inmerso en un proceso de transición jurídica de un Estado de Derecho legislativo a un Estado constitucional de derecho;

- 2) Este proceso tiene como factores o elementos relevantes la resolución de la Corte IDH del caso Radilla; la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 y la resolución del asunto varios 912/2010 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN); y,
- 3) Sin embargo, este proceso tiene algunos elementos previos a considerar que fincaron las bases para constituir el Estado constitucional de derecho, sin los cuales, las anteriores modificaciones no hubieran podido asumir carta de naturalización en esta época.

El presente ensayo pretende, en este momento, analizar los elementos del Estado constitucional de derecho y, por ende, del nuevo paradigma jurídico en México, a partir de una triple perspectiva: retrospectiva, para analizar los antecedentes institucionales y jurisdiccionales que conforman al Estado constitucional de derecho; introspectiva, analizando los elementos que conforman el nuevo paradigma: control difuso de constitucionalidad, control de convencionalidad, interpretación *pro homine*, entre otros, con casos prácticos en la materia electoral y, finalmente, una visión prospectiva sobre los principales debates a futuro del nuevo modelo.

¿Cuáles son esos elementos que distinguen al Estado de Derecho legislativo del Estado constitucional de derecho? He referido a varios de ellos de manera aislada. Por la estructura del presente ensayo, conviene retomar algunos comentarios previos. Por Estado constitucional de derecho entendemos el modelo de organización jurídico-política que acompaña los régímenes democráticos a partir de la Segunda Guerra Mundial, y que consiste en la alteración del modelo inmediato anterior (el Estado de Derecho legislativo) en los elementos siguientes:

- 1) División de poderes acentuada. El modelo del Estado de Derecho legislativo distinguía tres poderes clásicos, de los cuales tenía prevalencia el legislador. El nuevo modelo incorpora órganos constitucionales autónomos al diseño de división de poder tripartita, con un componente adicional: la presencia

de un Tribunal Constitucional que puede o no formar parte del Poder Judicial, como máximo garante de la Constitución.

- 2) Judicialización de la política. Derivado del diseño de Tribunal Constitucional, se genera un conflicto entre dos polos: la representación democrática y el principio de constitucionalidad. Las mayorías, incluso las democráticamente electas, pueden equivocarse, por lo que un grupo de personas técnicamente habilitadas se configuran en un poder "contramayoritario".
- 3) Coexistencia de reglas y principios. El Estado de Derecho legislativo es un Estado básicamente de reglas, en tanto que en el modelo del Estado constitucional de derecho coexisten reglas y principios. Los principios, al ser elementos esencialmente constitutivos del Estado, se encuentran redactados de forma vaga o ambigua, lo que ocasiona que deban interpretarse en su *ethos*, convirtiéndose en mandatos de optimización que pueden cumplirse de forma gradual, dependiendo la interpretación de los operadores jurídicos. Los principios dejan de ser fórmulas retóricas para convertirse en normas de aplicación directa.
- 4) Derechos humanos. Los derechos humanos se convierten en el centro de la discusión del derecho. Deben prevalecer en un plano de colisión con reglas. La interpretación asume una postura activa a favor de maximizar su ejercicio. En caso de colisión entre derechos, debe plantearse la ponderación para impedir la desaparición de alguno de ellos, no sólo la prevalencia del otro en un caso específico.
- 5) Control de convencionalidad *ex officio*. Implica una transformación del sistema de fuentes del derecho, con el fin de permitir a todos los operadores jurídicos nacionales la aplicación de los tratados internacionales, aun en ausencia de agravio expreso de la parte actora y, de igual manera, la jerarquización constitucional de los tratados en materia de derecho humanos.

El material jurídico de los cinco elementos antes citados es de diferente raigambre. El primer elemento es institucional: la

generación de las instituciones protectoras de la Constitución. En el tercero y el cuarto, los principios y los derechos humanos son de corte material: es el objetivo del derecho. Finalmente, los elementos segundo y quinto son instrumentales: los procesos constitucionales y sus efectos en la vida pública de un Estado que hacen viable y posible el elemento institucional y los elementos materiales. Pienso, como ejemplo, en los elementos que tenemos sobre control constitucional local. Varias entidades federativas cuentan formalmente con instituciones que podemos considerar, y de hecho algunas tienen ese calificativo, sin embargo, lo cierto es que carecen de elementos instrumentales para proteger los derechos fundamentales. No existen suficientes mecanismos de control o, en muchos casos, no son ejercidos por parte de las autoridades competentes lo que, en un círculo negativo hace que los ciudadanos no los utilicen como mecanismos de protección de sus derechos. Por ello, es vital no sólo la existencia formal del órgano, sino las herramientas procesales y su ejercicio, para la protección de los derechos.

Para analizar el nuevo paradigma mexicano es preciso revisar los elementos institucionales u orgánicos —y los instrumentales—, para encontrar cuál fue el camino de gestación del actual entramado jurídico mexicano; cuál fue el camino de nuestra transición jurídica.

BASES QUE CIMENTARON LOS ELEMENTOS DEL NUEVO PARADIGMA MEXICANO (1994-2011)

En un ejercicio de retrospectiva, imaginemos el entorno de la década de los años setenta y ochenta en México. La doctrina nacional más calificada exhibía a nuestro régimen constitucional de división de poderes como un sistema de presidencialismo exacerbado (Carpizo 1993). La doctrina internacional consideraba a nuestro país como ejemplo de un sistema de partidos no competitivo de corte hegemónico (Sartori 2002). La legitimidad histórica del régimen descansaba en una revolución que había terminado en su etapa armada, al menos, cincuenta años antes. El Poder Judicial

vivía en un estado de auto-conservación técnica, sin una verdadera doctrina constitucional (Cárdenas 1996 y Cossío 2002). Los derechos sociales eran considerados normas de carácter programático, por tanto, no defendibles judicialmente. La materia electoral se resolvía por los caminos de la política y nunca por los del derecho. La filosofía del derecho se encontraba prácticamente extinta. La dogmática jurídica empezaba y terminaba en la descripción avalorativa de las leyes y nunca en el análisis realista. La crisis económica mermaba la capacidad de desarrollo de la nación y de las familias. La violencia empezaba a gestarse como modelo de vida en algunas zonas del país.

Ante ese panorama, la perspectiva positivista imperaba en el derecho. Entre formalismos jurídicos y tecnicismos judiciales, el mecanismo de protección de las entonces denominadas garantías individuales, palidecía ante cualquier intento serio de buscar la mutación social a partir de la interpretación judicial. El valor jurídico más importante era la certeza y la seguridad, por encima de los derechos fundamentales de las personas, por ejemplo. Esta perspectiva, avalorativa del sistema jurídico, impedía ver cómo, particularmente en los grupos minoritarios, la supuesta homologación jurídica se traducía, en realidad, en una desigualdad sustancial.

Ante la realidad política de la hegemonía, la reforma constitucional impulsada por Jesús Reyes Helores buscó la inclusión electoral: diputados de representación proporcional, acceso a medios de comunicación, legalización de partidos políticos. Con el paso del tiempo, en menos de dos décadas, el sistema pasó del partido hegemónico a la pluralidad moderada. Con los procesos electorales, la legitimidad democrática del régimen no provino más del contexto histórico, sino del voto ciudadano depositado en las urnas.

El proceso de desmantelamiento del presidencialismo ocurrió desde varios frentes. Renuncia a las facultades metaconstitucionales a partir del presidente Ernesto Zedillo Ponce de León. Reformas constitucionales que favorecieron la creación de órganos constitucionales autónomos y el fortalecimiento del Poder Legislativo y el Judicial. A continuación haré referencia a este último aspecto.

1) La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) como Tribunal Constitucional.

El aspecto institucional u orgánico más importante es la consolidación de la SCJN. En 1994, como una de las respuestas institucionales a la violencia política y entonces incipiente violencia social, Ernesto Zedillo, en ese tiempo candidato del PRI a la Presidencia de la República, planteó diez puntos para reformar el sistema de impartición de justicia, cuatro de los cuales involucraban al Poder Judicial de la Federación. La base del discurso sobre el sistema de impartición de justicia, partía de la premisa de que existía una desconfianza en los órganos de procuración e impartición, y que era necesario brindar certeza y seguridad a una sociedad moderna, urbana y de servicios, como era la mexicana de finales del siglo xx.²

Con la idea de modernizar el sistema judicial, el discurso antes citado se convertiría en la columna vertebral de la reforma constitucional de diciembre de 1994, el cual planteó la división entre las facultades jurisdiccionales y las administrativas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la necesidad de garantizar el acceso a la justicia, el establecimiento de mecanismos efectivos para controlar los actos de autoridad y la necesidad de mejorar la independencia judicial. Lo anterior, se traduciría en la reforma a 27 artículos constitucionales para transformar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación al reducir a once ministros su integración, otorgándole nuevas facultades, como las renovadas controversias constitucionales, y las innovadoras acciones de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* en los casos de declaración de invalidez por ocho ministros, así como la creación del Consejo de la Judicatura Federal.

² Discurso pronunciado en la ciudad de Guadalajara, Jalisco, el 14 de julio de 1994. Zedillo, como buen economista, sabía que una reforma al sistema judicial podría dar confianza a los inversionistas y abaratrar los costos de las transacciones económicas. De hecho, el discurso de Guadalajara fue la base de la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994.

Inició la novena época del Semanario de Jurisprudencia y, con ella, los primeros pasos de la construcción del Estado constitucional de derecho.

Durante algunos años, sectores completos de la academia cuestionaron a la SCJN y su actuación. Las críticas oscilaban entre su ausencia del ejercicio gubernativo, sus resoluciones en torno a la figura del anatocismo, el control constitucional en materia electoral o la libertad de expresión en el caso del “poeta maldito”.

Sin embargo, lo cierto es que, de manera paulatina, a través del golpe de jurisprudencia, el más Alto Tribunal de la República ha ocupado un sitio destacado como pilar del Estado constitucional de derecho mexicano. Resoluciones e investigaciones como Aguas Blancas, que significaron la transformación del derecho a la información en una garantía individual asequible a cualquier persona; la interpretación sobre la imprescriptibilidad de los delitos de desaparición forzada; la protección y, por ende, no discriminación de los militares contagiados con el VIH y la inconstitucionalidad del Reglamento de energía eléctrica, en contra de la posición del Ejecutivo federal, lo cual hubiera sido simplemente inconcebible unos años atrás. Fueron los cimientos del Estado constitucional de derecho, forjados a través de la interpretación judicial.

Las bases estaban fincadas. El proceso de construcción del Estado constitucional de derecho se encontraba en marcha desde la primera década de esa novena época del Poder Judicial de la Federación. De ahí mi cuestionamiento al lugar común de que sólo los tres elementos torales (el caso Radilla, el asunto varios 912/2010 y la reforma de 2011) marcan el surgimiento de la transformación a una política judicial garantista. Los pasos previos fueron también relevantes. México fue un ejemplo de transición jurídica gradual al garantismo. Proceso que inició en la novena época y que, después de los elementos precipitados, adquirió más fuerza que nunca con la reforma constitucional. Pero no significaba que antes no se hubieran dado pasos con firmeza, por el contrario, eran incidentes

aislados que no tenían repercusión nacional, dado que la mayor parte de los tribunales ordinarios y de amparo seguían viviendo en el modelo de la legalidad.

No hay que perder de vista que el garantismo, al concebir al derecho como un sistema de garantías jurisdiccionales de protección de los derechos, es una cuestión de grado. Es decir, la estrategia de ingreso al área de influencia del garantismo puede ser producto de una transformación supina del régimen jurídico, como sucedió en Colombia con la Constitución de 1991. No obstante, el camino empleado en México ha sido diverso. La transición jurídica, como se mencionó líneas arriba, fue gradual. Primero se reformó la Constitución para establecer un Tribunal Constitucional, posteriormente, se le otorgaron facultades de control constitucional moderno, y casi inmediatamente después, sería concebido un diverso órgano de corte constitucional: el Tribunal Electoral.

- 2) El Tribunal Electoral y el control de constitucionalidad electoral. El segundo elemento institucional u orgánico que ha permitido la transformación del Estado de derecho legislativo en el Estado constitucional de derecho fue la justicia electoral. Con la reforma del 22 de agosto de 1996, el Tribunal Federal Electoral muta su naturaleza jurídica para convertirse en un órgano especializado del Poder Judicial de la Federación (en lo subsiguiente Tribunal Electoral sin el vocablo Federal), dejando su autonomía pero adquiriendo la fortaleza propia de un órgano cúspide del Poder Judicial.

Con la reforma de 1996, dos medios de impugnación convirtieron al Tribunal Electoral en un órgano de constitucionalidad: el Juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano (JDC) y el Juicio de revisión constitucional electoral (JRC). Con el paso del tiempo, y con la argumentación jurídica de la primera integración del TEPJF (1996-2006), la materia electoral se pondría a la vanguardia de las líneas argumentativas del derecho en México.

La Sala Superior fijó, como uno de los primeros pasos, su competencia constitucional en una jurisprudencia del año 1999:

EL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN TIENEN FACULTADES PARA DETERMINAR LA INAPLICABILIDAD DE LEYES SECUNDARIAS CUANDO ÉSTAS SE OPONGAN A LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES, que señaló, en su parte medular que el Tribunal Electoral podía ordenar la desaplicación de normas contrarias a la Constitución en los casos concretos cuando el acto o resolución analizada fuera inconstitucional o, en su caso, se fundara en disposiciones contrarias a la Constitución. Señaló que el artículo 105 constitucional, al referir que la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la Constitución en la acción de inconstitucionalidad no reñía con la posibilidad de que el Tribunal pudiera desaplicar actos y resoluciones dentro del marco de su competencia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin embargo, al resolver la contradicción de tesis 2/2000, cercenó dicha facultad del Tribunal Electoral, al considerarlo exclusivamente como un órgano de legalidad. Sobre este tema regresaré más tarde, al abordar los antecedentes del caso Hank. Tuvieron que pasar cinco años, de la resolución de la contradicción de tesis en 2002 a la reforma constitucional del año 2007, para que el Tribunal Electoral volviera a ejercer esta importante herramienta. No obstante, la labor del TEPJF ha sido bastante elogiada. Resoluciones como la protección de intereses difusos a través de acciones tuitivas, es un precedente relevante para entender el interés legítimo que hoy permea en la materia de amparo (PARTIDOS POLÍTICOS NACIONALES. PUEDEN REDUCIR ACCIONES TUITIVAS DE INTERÉS, DIFUSOS CONTRA LOS ACTOS DE PREPARACIÓN EN LAS ELECCIONES). También se desarrolló una línea jurisprudencial muy relevante en los temas de integración de autoridades electorales locales atribuibles a congresos locales (Caso Yucatán SUP-JRC-391/2000 y SUP-JRC440/2000 y acumulados); causal abstracta de nulidad de elecciones (Caso Tabasco SUP-JRC-487/2000 y acumulado); y, por supuesto, democracia interna de los partidos políticos o acceso a la información pública de los mismos (SUP-JDC-40/2004).

En la actualidad, la segunda integración del TEPJF ha puesto énfasis en la protección de los derechos de los pueblos indígenas (SUP-JDC-11/2007), en la perspectiva de género (SUP-JDC-461/2009, el caso Mari Thelma Guajardo, o el SUP-JDC-12624/2011 sobre cuotas de género en las candidaturas de mayoría relativa) y, finalmente, de forma muy especial, se emitió la primera sentencia de desaplicación de una norma legal de carácter estatal, por controvertir los postulados de la Convención Americana sobre derechos humanos, en el Caso Hank.

Lo anterior pone de manifiesto que, desde épocas previas, el TEPJF había aportado a la gestación del Estado constitucional de derecho una visión garantista o progresista. Según señala la tesis del suscripto, el cambio de paradigma había empezado a gestarse en el ámbito electoral con anterioridad. El impacto de la reforma sobre todo en materia de derechos humanos ha sido cuantitativo. Los precedentes ya estaban, hacía falta reiterarlos y aplicarlos en la mayor cantidad de casos posibles. Antes eran de carácter reducido, para casos específicos, focalizados. Por otra parte, el litigio en el fuero común seguía inmerso en la aplicación mecánica y en la reducción al principio de legalidad. Por lo que, además de la mejora cuantitativa en el ámbito federal, el otro aspecto que fue revolucionado con la resolución fue el ámbito local, en el que los juzgadores iniciaron el ejercicio del control de convencionalidad y de constitucionalidad, por vez primera.

ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DEL NUEVO PARADIGMA MEXICANO

Una vez realizado este breve repaso retrospectivo, la segunda parte del presente ensayo corresponde al análisis introspectivo de los elementos que he considerado como los pilares del nuevo paradigma jurídico en México: la resolución del caso Radilla, el asunto

varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la reforma constitucional de 10 de junio de 2011.

CASO RADILLA ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Rosendo Radilla Pacheco desapareció el 25 de agosto de 1974 a manos del ejército mexicano. Profesión: compositor de corridos sobre la guerrilla rural de la época. Activista político e integrante de una organización campesina de Guerrero. La propia sentencia de la Corte IDH señala que la Dirección Federal de Seguridad tenía conocimiento de las actividades de Rosendo Radilla.³ Fue detenido en un camión junto con su hijo Rosendo Radilla Martínez de 11 años, cuando viajaba de Atoyac de Álvarez a Chilpancingo, específicamente, en la entrada a la colonia Cuauhtémoc;⁴ su hijo fue liberado en el momento⁵. La última vez que se le vio con vida fue en el Cuartel Militar, con signos de tortura y los ojos vendados. El contexto de la desaparición de Rosendo Radilla Pacheco es la denominada “guerra sucia”, orquestada por el Estado mexicano en contra de los opositores políticos, entre ellos, las guerrillas rurales y urbanas de la época (Arturo Gamiz, Lucio Cabañas, Genaro Vázquez, así como la Liga Comunista 23 de Septiembre, en el segundo de los tipos mencionados). El contexto incluía un patrón de detenciones, torturas y desapariciones forzadas de los guerrilleros y sus simpatizantes.⁶

³ Caso Rosendo Radilla vs. México. 23 de noviembre de 2009, “123. ... La Corte constata que en un documento de fecha 26 de septiembre de 1965, de la Dirección Federal de Seguridad, se hace referencia a la participación del señor Rosendo Radilla Pacheco en el presidio del acto inaugural del Congreso Campesino Extraordinario de la Liga Revolucionaria del Sur ‘Emiliano Zapata’ y de la CCI.” Existe, de hecho un documento relacionado en la sentencia sobre antecedentes de Rosendo Radilla Pacheco, en el que se señala que “El 17 de febrero de 1962 asistió a la firma de la convocatoria del Comité Cívico Guerrerense, del cual militaba...”

⁴ Ibídem, parágrafo 124.

⁵ En su declaración rendida ante la Corte IDH, el señor Rosendo Radilla Martínez (hijo del desaparecido) señaló que se ordenó a todos los pasajeros a descender del camión. Cuando se les pidió que abordaran, al único que no permitieron hacerlo fue a Rosendo Radilla Pacheco bajo el argumento de que “componía corridos”. Al contestar que eso no era un delito, el militar le respondió “mientras, ya te chingaste”. Parágrafo 125.

⁶ Sobre el particular, la sentencia es rica en argumentos en los párrafos 132 a 137.

En ese marco histórico, la sentencia refiere que el señor Maximiliano Nava Martínez declaró que a los militares les llamó la atención que Rosendo Radilla hubiera compuesto un corrido, por lo que lo separaron del grupo. También señaló en su declaración, coincidente con la del señor Enrique Hernández Girón, que Rosendo Radilla había sido sometido a tortura y que querían ponerle alguna sustancia en los ojos.⁷

En ese contexto, los familiares se abstienen de presentar denuncias formales sobre los hechos. La primera que presentan es hasta el 27 de marzo de 1992. La segunda y tercera, los días 14 de mayo de 1999 y 20 de octubre de 2000. En la denuncia de 14 de mayo de 1999, su hija, la Señora Tita Radilla manifestó que "la persona que se presentaba a reclamar la aparición de algún pariente en ese momento era detenida, teníamos que desaparecer de la región para no ser detenidos".⁸

En el año 2001, la CNDH emite una recomendación, la 026/2001, en la que plantea la creación de la Fiscalía Especializada en Movimientos Sociales y Políticos del Pasado. El 27 de noviembre de ese mismo año, por acuerdo presidencial, se creó la Fiscalía antes citada, en la cual se inició la averiguación previa PGR/FEMOSPP/001/2002, relativa a la desaparición forzada en México en el marco de la guerra sucia. Examinó 532 expedientes que había analizado la Comisión Nacional. En el año 2006, emitió un informe histórico a la sociedad mexicana, sobre los hechos relacionados con la guerra sucia.

A pesar de las investigaciones y la recuperación de la memoria histórica de la época, el Procurador General de la República el 30 de noviembre de 2006, un día antes del cambio de gobierno, abrogó el acuerdo de designación del Fiscal, el doctor Ignacio Carrillo Prieto, y se ordenó la remisión de los 122 expedientes a la Coordinación General de Investigación.

Una vez agotado el procedimiento ministerial, ya en el ámbito jurisdiccional, el Juzgado Segundo de Distrito en el estado de

⁷ Parágrafos 127 a 129.

⁸ Parágrafo 137.

Guerrero ordenó la aprehensión del teniente coronel de Infantería Francisco Quiroz Hermosillo (responsable de la plaza durante la desaparición y tortura) y declinó competencia a la jurisdicción militar. El 19 de noviembre de 2006, el juez primero militar adscrito a la Primera Región Militar prosiguió el procedimiento. La competencia del Juez fue recurrida y posteriormente confirmada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Primer Circuito.

Aunado a lo anterior, la señora Tita Radilla interpuso una demanda de amparo en contra de la incompetencia del Juzgado Segundo de Distrito, misma que fue desechada por el Juez Sexto de Distrito y confirmada por el Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Primer Circuito (esto último, el 24 de noviembre de 2005). El imputado falleció el 19 de noviembre de 2006, durante el procedimiento que se desarrollaba, en ese momento, ante el juez cuarto militar, quien determinó la extinción de la acción penal por muerte del imputado el 26 siguiente.

A través de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los derechos humanos y la asociación de familiares de detenidos-desaparecidos y víctimas de violaciones a los derechos humanos, se presentó petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Este órgano, el 27 de julio de 2007, adoptó el informe de fondo 60/07, mediante el cual concluyó que el Estado mexicano era responsable por la violación a los artículos I y XVIII de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, así como por los numerales 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana. El 13 de marzo de 2008, la CIDH, al considerar que el Estado mexicano no había cumplido las recomendaciones, presentó el asunto ante la Corte IDH.

El 19 de junio de 2008, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, junto con los familiares, presentaron ante la Corte IDH su escrito de solicitudes y argumentos, alegando la presunta violación a los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.

El asunto llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que condenó al Estado mexicano por la violación a la Convención Americana en varios supuestos. En síntesis, por lo siguiente:

- 1) Violación a los derechos a la vida, integridad y libertad personales. En este punto, sostuvo que la violación a dichos derechos fundamentales podrían ser perpetrados también por particulares. Y que el aislamiento prolongado era un trato inhumano y degradante. En síntesis, que la desaparición de Rosendo Radilla era contraria a la libertad personal al haberse producido, además, en un marco de detenciones y desapariciones arbitrarias.
- 2) Violación al derecho a la personalidad jurídica. Lo anterior, al negar la existencia misma de la persona desaparecida.
- 3) Violación al derecho a la integridad personal de los familiares de la víctima, por el sufrimiento psicológico sufrido por tantos años de tener al familiar desaparecido, lo que no fue desvirtuado por el Estado mexicano.
- 4) Violación al derecho de acceso a la justicia, en virtud de que era obligación del Estado mexicano erradicar la impunidad, y llevar a cabo todos los medios necesarios para realizar las averiguaciones, lo que no había ocurrido, ya que transcurrieron 35 años, lo que fue considerado un exceso.
- 5) Violación al derecho de acceso a investigaciones penales en plazos razonables, por tardar 17 años en la investigación.
- 6) Violación al derecho a la participación de las víctimas, dado que la hija no pudo acceder al expediente, porque se le negaron las copias.
- 7) Inconvencionalidad de la intervención de la jurisdicción militar, toda vez que el juez natural debe ser el ordinario y no el militar, tratándose de delitos cometidos por militares contra civiles. En palabras de Ferrer Mac-Gregor y Fernando Silva (Ferrer-Silva 2011): “la sentencia recalcó que la sola posibilidad de que las decisiones emanadas por los tribunales militares puedan ser revisadas por las autoridades federales no satisface el

"principio del juez natural", ya que la primera instancia el juez debe ser competente".

- 8) Inconvencionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar, en virtud de que el hecho de que el sujeto que cometió el ilícito fuera militar es insuficiente para convertir al delito en competencia del fuero castrense.
- 9) Violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, toda vez que el artículo 215 A del Código Penal Federal señala, en el delito de desaparición forzada, que sólo los servidores públicos cometan dicho ilícito, cuando el tipo interamericano señala que pueden ser los actores, cómplices o encubridores.

La sentencia ordena al Estado mexicano diversos deberes de reparación. Para el caso de la Procuraduría General de la República (PGR), investigar y determinar el paradero de Rosendo Radilla. Al Poder Legislativo federal, reformar el Código de Justicia Militar y el Código Penal Federal. Al presidente de la República, el reconocimiento internacional de la responsabilidad, en tanto que a la Secretaría de Educación Pública y al presidente municipal, la publicación de un libro y la develación de una placa, respectivamente, así como la atención psicológica de víctimas e indemnizaciones. Al Poder Judicial, de manera explícita, capacitar a los juzgadores y, de manera implícita ejercer control de convencionalidad, acatar la jurisprudencia interamericana y en casos futuros permitir a las familias el derecho a intervenir. Lo anterior, abrió un debate muy importante en la SCJN respecto a la forma y términos de cumplir con la sentencia, que sería el último de los elementos a considerar en este proceso: el asunto varios 912/2010 de la SCJN.

La sentencia del caso Radilla, como todas las grandes sentencias, tiene efectos mediatos e inmediatos. Los efectos inmediatos tienen que ver con el cumplimiento de sus resolutivos por las autoridades responsables. Se agotan en su cumplimiento. Sin embargo, los efectos mediatos de las sentencias son aquellos de mayor grado e importancia.

En el caso, la pregunta es ¿cuáles fueron los efectos mediados del caso Radilla Pacheco? Para Ferrer Mac-Gregor y Silva García (2011, 4-5), las aportaciones del caso Radilla son las siguientes:

- 1) La inconvencionalidad, por violación al principio de juez natural, que los jueces militares tengan competencia para juzgar violaciones a los derechos humanos por parte de militares, pues ello corresponde a la jurisdicción ordinaria;
- 2) Quelasvíctimasdeactoscontrariosaderechoshumanospormi-litares, tienen el derecho fundamental de una vía impugnativa efectiva para impedir que tales actos sean del conocimiento de la autoridad militar;
- 3) Que los jueces de los estados miembros deben ejercer un control judicial de las leyes nacionales tomando como parámetro la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH);
- 4) Que los jueces nacionales deben interpretar la Constitución a la luz de la CADH; y,
- 5) Que las sentencias de la Corte IDH pueden establecer obligaciones y reparaciones concretas que deben cumplir los podes-res del Estado, en el caso, el Poder Judicial de la Federación.

Con independencia de la riqueza del caso (hay muchos tópicos interesantes de discusión, desde la competencia de la Corte IDH para conocer de un asunto de 1974, a pesar de ser hechos anteriores a la aceptación del Estado mexicano de la jurisdicción contenciosa de la citada Corte en 1998), creo que la discusión central de la trascendencia en todo el modelo de derecho se encuentra en el parágrafo 339 que, en su parte conducente, señala:

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que

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

Este párrafo de la sentencia es uno de los elementos constitutivos de la nueva misión del derecho. Los citados autores Ferrer y Silva han considerado que los elementos que se derivan del sistema son los siguientes:

- 1) Principio de legalidad, sometido a la Constitución,
- 2) Principio de convencionalidad, en materia de derechos humanos, al reconocer la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH y la obligación de ajustar las normas internas para respetar los derechos de la CADH;
- 3) Supremacía convencional: redimensionamiento de la supremacía constitucional a partir de los derechos humanos;
- 4) Buena fe y efecto útil como mecanismos para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los tratados internacionales;
- 5) Control de convencionalidad, en el cual el juez nacional se convierte en juez interamericano, se ejerce de manera difusa y *ex officio*, a través de la aplicación de un bloque de convencionalidad, y cuyos efectos son la nulidad de los actos contrarios a la CADH (Ferrer y Silva 2011, 66-8).

Respecto al tema de la supremacía convencional y el bloque de convencionalidad, los analizaré en el apartado de la perspectiva, al ser temas que se encuentran en discusión actual. En el siguiente apartado, iniciaré con el análisis del concepto de control de convencionalidad.

REFORMA CONSTITUCIONAL DEL 10 DE JUNIO DE 2011

La reforma constitucional del 10 de junio de 2011 ha sido uno de los elementos estructurales de la transición jurídica mexicana que, como se ha dicho, inició desde los albores de la novena época.

Por vez primera, el constitucionalismo mexicano actualiza su nomenclatura para hacerla contemporánea a todos los estados modernos. El concepto de garantías individuales es sustituido por el de derechos humanos. Esta transformación no es simple retórica. El constituyente de 1916-1917, en un intento de modernizar el concepto iusnaturalista de derechos del hombre en el marco de una revolución positivista de la ciencia que sólo aceptaba como válido aquello que era empíricamente verificable, introdujo el concepto de garantías individuales.

Esta idea, por definición, implica que las garantías individuales son aquellos derechos de seguridad, libertad e igualdad que la Constitución confiere a los ciudadanos para defenderse de los actos arbitrarios de la autoridad. La dinámica en la garantía individual es un acto del Estado que vulnera la esfera jurídica de un ciudadano. De entrada, esto produce un primer elemento reductor de la capacidad de defensa de las denominadas garantías: sólo podían violar garantías las autoridades y no así los particulares. Para la materia electoral, en la que comunidades indígenas, partidos políticos, medios de comunicación o candidatos podían lesionar derechos, a decir verdad, el concepto resultaba poco alentador.

Con el cambio de nomenclatura a los derechos humanos, vocablo escogido desde la Declaración Universal de 1948 y las constituciones de la posguerra, el campo de actuar de la justicia constitucional se amplía de manera considerable, para proteger los derechos por violación incluso de parte de particulares.

El segundo elemento, a mi juicio más importante, es la división entre derechos y garantías. México utilizó el concepto de garantías que, al ser ambiguo, no clarificaba en realidad que era la garantía. La doctrina distinguía entre el contenido (el derecho) y el continente (la garantía), para referirse a un vocablo que, en buen español, sólo establecía un derecho.

La nueva redacción constitucional es más clara. Llama derecho a lo que es un derecho: una expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica. Y llama garantía a lo que es una garantía: los instrumentos procesales de defensa de los derechos: amparo, acción de inconstitucionalidad, JDC, JRC, controversia constitucional.

El tercer elemento fue la introducción de determinados principios en torno a los derechos fundamentales: progresividad, interdependencia, indivisibilidad, universalidad. El principio de interdependencia, señalan Juan Carlos Hitters y Oscar L. Fappiano (Hitters 2007, 54), consiste en que todos los derechos fundamentales merecen idéntica consideración jurídica. Por consiguiente, no existe un número cerrado y preciso de derechos de la persona, ya que lo que se protege es el valor de la persona en sí misma.

El principio de universalidad (Sagüés 2006, 213) procura la observancia de un mínimo común, en todo el globo, de ciertos derechos fundamentales; el principio de indivisibilidad consiste en que no es correcto ignorar, en la defensa o interpretación de un derecho humano, los restantes. El principio de progresividad consiste en que debe preferirse la interpretación que restrinja en menor escala el derecho en juego o que permita su evolución de manera constante.

La reforma constitucional también incorpora como principio interpretativo el *pro homine* o pro persona, que consiste en el deber de las autoridades del Estado de interpretar las normas relativas a los derechos humanos de la forma que más favorezca a las personas. Por vez primera, los derechos humanos se convierten en la fortaleza y cúspide del sistema jurídico, con independencia de su formulación.

ASUNTO VARIOS 912/2010 DE LA SCJN. SESIONES DE JULIO DE 2011

Constitucionalidad, asunto varios 912/2012 y reforma al artículo 1 de la CPEUM

Respecto al control constitucional, la interpretación literal del artículo 133 de la Constitución, que permitía el control difuso de constitucionalidad, fue —desde una tesis de la quinta época— relegada por una interpretación que prohibía dicho control. Sin embargo, el debate no se resolvió en definitiva sino hasta 1999. En principio, existieron tesis aisladas en uno y otro sentido. En la quinta época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, apenas unos años después de la promulgación de la Constitución, se aprobó la tesis IMPERIO DE LA CONSTITUCIÓN (Tesis S.J.F., IV, 878), que sostenía que las leyes secundarias que se opusieran a la Constitución no podían ser obedecidas. Dicho criterio fue mejorado en la misma quinta época a través de la CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY, que señalaba que los jueces locales tenían la facultad de discernir si las leyes que regían los actos se ajustaban a la Constitución (Tesis T. XLI, 645-6). Asimismo, encontramos una posición similar en la tesis PROCEDIMIENTO PENAL. SU REPOSICIÓN, CASO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, que señala que, aun cuando no se prevea la reposición del procedimiento penal en la legislación secundaria, los jueces locales deben hacer control difuso de constitucionalidad y ejercerlo (Amparo 410/09).

Esta posición fue combatida en tesis que señalaban la inexistencia del control difuso de la constitucionalidad, como la siguiente: CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. EXAMEN DE LA IMPROCEDENTE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN, que expresaba la posición predominante de que sólo el Poder Judicial de la Federación, a través del juicio de amparo, podía ejercer control de constitucionalidad (Amparo 355/67). La más relevante, sin duda, fue la establecida por el jurista Felipe Tena Ramírez en la tesis OPOSICIÓN EN LAS CONSTITUCIÓN Y LEYES SECUNDARIAS (Revisión fiscal 443/57), que señalaba que el Tribunal Contencioso

Administrativo ni su segunda instancia, podían revisar la constitucionalidad de las leyes, lo cual sólo podía ser analizado a través del juicio de amparo.

Esta postura terminó por imponerse, como se mencionó párrafos arriba, en 1999, cuando la SCJN emitió dos jurisprudencias sobre el tema: CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIÓN DE NORMAS GENERALES. NO LA AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN (Jurisprudencia 13/2008).

La doctrina, por su parte, seguía estableciendo la idea mayoritaria de que el control de constitucionalidad sólo podía ser ejercido por el Poder Judicial de la Federación y de manera casi exclusiva a través del juicio de amparo. El jurista Felipe Tena Ramírez, congruente con su visión judicial, desde la doctrina señalaba que el artículo 133 de la Constitución era un “precepto, oscuro, incongruente y dislocador de nuestro sistema” (Tena 1997, 543-48). Esta posición prevaleció, a pesar de las posturas de otros juristas de gran talla como Gabino Fraga (quien presentó el proyecto de resolución del amparo en revisión 4072/41 en el que consideró que todos los poderes de la Federación podían revisar la constitucionalidad, aunque el proyecto no fue aprobado. Antonio Martínez Baez, por su parte, señalaba que todas las autoridades debían ejercer control de constitucionalidad (Martínez 1994, 523-30).

No obstante las batallas teóricas y jurisprudenciales, en el siglo XX se determinó que el control de constitucionalidad estaba prohibido para las autoridades administrativas. Lo mismo ocurriría después para el Tribunal Electoral, en lo que respecta a leyes electorales.

El debate en el más Alto Tribunal de la República

La Suprema Corte de Justicia de la Nación conoció del expediente varios 912/2010 los días 7, 12 y 14 de julio de 2011. El inicio de la sesión estuvo enmarcado en la discusión de diversos tópicos, algunos administrativos y otros jurisdiccionales.

En la sesión del 7 de julio de 2011, los ministros acordaron que los criterios de la Corte IDH emanados de casos en los que el Estado mexicano sea parte son obligatorios para los juzgadores mexicanos. Sin embargo, también sostuvieron, por mayoría, que en aquellos casos en que el Estado mexicano no fuera parte, el criterio sería solo orientador.

En la sesión del 12 de julio de 2011,⁹ se dio inicio con la exposición del ministro Sergio Valls Hernández, quien se pronunció porque, tal como sostenía el parágrafo 339 de la sentencia del caso Radilla Pacheco vs. México, todos los juzgadores del país estaban obligados a ejercer un control de convencionalidad en el que analizaran la compatibilidad de una determinada norma frente a lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos y la interpretación realizada por los organismos supranacionales.

Más adelante, el ministro Aguilar Morales expresó que su voto era en contra de la propuesta de determinar obligaciones a cargo del Poder Judicial Federal (PJF), derivadas de la sentencia de la Corte IDH.

El ministro presidente Silva Meza sometió a consideración del pleno de la SCJN la siguiente pregunta ¿El Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes?

La votación fue de una mayoría de siete votos en el sentido de que el Poder Judicial debía ejercer un control de convencionalidad. A favor de dicha propuesta votaron los ministros Cossío, Franco, Zaldívar, Valls, Sánchez Cordero, Ortiz y Silva Meza.¹⁰

Posteriormente, el ministro presidente cuestionó si dicho control de convencionalidad debía ser ejercido por todos los tribunales de la federación o por todos los jueces del Estado mexicano. A favor de la propuesta estuvieron los mismos ministros Cossío, Franco, Zaldívar, Valls, Sánchez Cordero, Ortiz, Silva Meza.¹¹ A continuación,

⁹ Versión estenográfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 12 de julio de 2011.

¹⁰ Ibídem, p. 8.

¹¹ Ibídem, p. 10.

se votó porque el modelo de control de convencionalidad se ejerciera con el control de constitucionalidad en los términos propuestos por el ministro Cossío, obteniendo siete votos a favor.

Una vez concluido el análisis del considerando octavo, el propio ministro Cossío desarrollaría el tema del considerando noveno, relativo a las restricciones del fuero militar, para considerar que este, bajo ninguna circunstancia, podría operar cuando se vulneren derechos humanos de civiles.

El ministro Aguirre Anguiano se manifestó en contra de la propuesta, al considerar que se trataba de una obligación del Poder Legislativo (modificar el artículo 57 del Código de Justicia Militar), no de la Suprema Corte. Para el ministro Ortiz Mayagoitia, debía de considerarse la interpretación sólo como un efecto declarativo para situaciones nuevas que se sometieran a consideración del PJF. En forma similar se pronunció el ministro Franco, para quien, en los casos posteriores, debería aplicarse el criterio sostenido por la Corte IDH.

El ministro Cossío construyó dos argumentos: el primero, relativo a que la Corte IDH había planteado la interpretación del artículo 57 del Código de Justicia Militar y no una nueva interpretación del artículo 13 de la Constitución mexicana. Para el ministro, se trataba de una obligación que podía ejercerse desde el asunto varios, por constituir la base de la resolución de la Corte IDH llevada al conocimiento de la Suprema Corte mexicana vía el asunto varios 912/2010.

El ministro Valls solicitó que se expresara en el engrose que, en tanto se realizaban las reformas legislativas correspondientes, se debía sostener la interpretación de la Corte IDH. Para el ministro Zaldívar, se trataba de un caso en que el Estado mexicano era parte, por lo que la interpretación era obligatoria desde ese momento.

Para el ministro Aguilar Morales no era posible hacer un pronunciamiento de la interpretación del artículo 57 multicitado, dado que no había caso concreto de aplicación.

La ministra Sánchez Cordero, por su parte, expresó que, de acuerdo con lo que había sostenido en la sesión anterior, los crite-

rios mencionados eran pautas imprescindibles de interpretación. Además, sostuvo que

frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar, porque cuando los tribunales militares saben de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado ... sino respecto de la víctima civil que tiene derecho a participar en el proceso penal, no solamente para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y la justicia”¹²

Las fuerzas armadas, como parte del Estado mexicano, sostuvo, estaban obligadas por el artículo 1 de la Constitución para proteger y garantizar los derechos humanos.

Para el ministro Pardo, los párrafos 337 al 347 de la sentencia no derivan en una obligación concreta para la Suprema Corte. El tema específico fue sometido a votación al pleno, en el que resolvieron que de los párrafos mencionados se deducían obligaciones para los jueces del Estado mexicano.

En la sesión del 14 de julio de 2011,¹³ el ministro Cossío expuso los términos en los que debían identificarse los temas de discusión. El ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano inició el trascendente debate de esa fecha, llamando la atención en que la redacción del artículo 1 constitucional contenía la frase: “en términos de sus respectivas competencias”, lo que, a su parecer, significaba que no todos los actores jurídicos podían hacer control de constitucionalidad y convencionalidad.

El ministro José Ramón Cossío Díaz planteó que era necesario revisar la jurisprudencia en materia de control constitucional, dada la reforma. Lo cual, finalmente se efectuaría.

El ministro Juan Silva Meza centró el debate en torno al nuevo paradigma de control constitucional y cómo éste impactaba a las

¹² Ibídem, p. 30.

¹³ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 14 de julio de 2011.

diversas autoridades. En uno de los momentos cumbre de la sesión, el ministro consideró que los juzgadores del PJF, incluyendo por supuesto a la SCJN y los tribunales federales colegiados o unitarios y juzgados de distrito, podrían declarar la invalidez de normas que contravinieran la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y los tratados internacionales. Anunció que, en razón de la reforma y la sentencia del caso Radilla, el nuevo modelo de control constitucional y convencional implicaba, en el caso de los juzgadores locales, desaplicar las normas frente a casos concretos. Finalmente, que las autoridades debían interpretar los derechos humanos en la medida más favorable de protección a las personas, esto es, desarrollar una actividad de interpretación conforme al sentido amplio para la protección de los derechos.¹⁴

El considerando quinto de la sentencia reconoce la competencia contenciosa de la Corte IDH y los criterios de la misma como orientadores de la interpretación de derechos humanos. En este punto, la ministra Olga Sánchez Cordero afirmó que la jurisprudencia internacional constituía “pautas imprescindibles de interpretación en la materia”, posicionando a los precedentes de derechos humanos de corte supranacional como nunca en la República.

El considerando señala que es obligación de todas las autoridades velar por los derechos humanos y ejercer el control de convencionalidad acorde con el control de constitucionalidad, protegiendo todos los derechos humanos contemplados en la Constitución y los tratados. A partir de ahí, se genera la metodología de análisis del ejercicio de control constitucional:

- 1) Presunción de la constitucionalidad de la ley. Es decir, el análisis debe partir del presupuesto metodológico del postulado del legislador racional y razonable bajo los parámetros constitucionales;
- 2) Interpretación conforme en sentido amplio, buscando la protección más amplia a la persona. Lo anterior implica que la construcción de la premisa normativa debe incorporar los

¹⁴ Ibídem, pp. 49-51.

alcances del derecho fundamental, tal como esté previsto en la Constitución, tratados, leyes o interpretación judicial supranacional y nacional, para efecto de delimitar el contenido del derecho fundamental;

- 3) Interpretación conforme en sentido estricto, para preferir la interpretación más favorable a la persona. Lo cual implica que, en los casos de duda, entre dos interpretaciones posibles, una que restrinja el derecho y otra que lo perfeccione, debe estarse por la interpretación permisiva y,
- 4) Sólo en aquellos casos en que no sea posible interpretar la norma en forma favorable a la personas, declarar la inaplicación de la ley.

En ese tenor, tomando como base el planteamiento del ministro Silva Meza, se recogen los siguientes modelos de control constitucional:

- 1) Concentrado, de carácter directo, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales de amparo. La SCJN, a través de la acción de inconstitucionalidad de forma abstracta, y los demás juicios constitucionales en casos concretos. Por su parte, los tribunales de amparo, en aquellos casos previstos por los artículos 103 y 107 constitucionales;
- 2) Competencia específica, de naturaleza directa, por las seis Salas del Tribunal Electoral, a través de los medios de impugnación en la materia;
- 3) Difuso, por el resto de los tribunales locales de las entidades federativas, con independencia del grado, materia, territorio o cuantía, con facultad de inaplicación de las normas cuando vulneren un precepto constitucional, lo cual significó una transformación fundamental en la interpretación judicial del derecho constitucional, y, finalmente,
- 4) Interpretación conforme a los derechos humanos, por las autoridades administrativas. Por primera vez, si bien de forma incipiente (el caso Gelman vs. Uruguay sería mucho más enérgico), se modificó el principio de legalidad como eje rector de

la actuación administrativa, para incluir la protección de los derechos humanos.

La votación de cada punto fue diferenciada. En el tema de los cursos que debería desarrollar el Instituto de la Judicatura Federal para capacitar a los jueces mexicanos en el tema de los derechos humanos en cumplimiento a la sentencia, ocho integrantes del pleno votaron a favor.

Respecto a la averiguación previa de los asuntos vinculados con la desaparición forzada de Rosendo Radilla, la votación alcanzó siete. Respecto al control convencional como atribución de todos los jueces, el pleno lo votó con siete posiciones a favor. En relación a los estándares de derechos humanos y el acceso, se obtuvieron siete votos, en tanto que en la competencia originaria se alcanzaron diez votos. La conclusión fue que, a partir de esa fecha, se instauraba en México un nuevo paradigma.

La doctrina ha sido unánime en aplaudir el contexto deliberativo y los efectos de la resolución del asunto varios 912/2010 por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para García Ramírez y Del Toro Huerta (García y Del Toro 2012, 203-28) la SCJN emite una resolución paradigmática, en un contexto en el que, por un lado, se había aprobado una reforma constitucional fundamental (los autores señalan que los integrantes del Pleno aludieron en la discusión a la reforma como un factor relevante en la decisión de los ministros) y, por otro, no sólo se discutía el propio caso Radilla, sino la resolución sobre supervisión de cumplimiento de la propia sentencia, así como los casos Fernández Ortega y otros, Rosendo Cantú y otra, así como Cabrera y Montiel Flores, condenatorios todos del Estado mexicano.

En el fondo de la resolución, los autores en comento expresan como puntos centrales: el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte IDH; la obligatoriedad y alcance de la jurisprudencia interamericana; el control de convencionalidad y los límites a la jurisdicción militar. En el apartado VII del presente ensayo, se retomarán los argumentos de la obligatoriedad y alcance de la jurisprudencia, así como del control de convencionalidad.

EXCURSOS RESPECTO AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA SCJN

La evolución jurídica no necesariamente es acumulativa. Hay casos en los que, por diversas causas, el camino se recorre a través de ejercicios de ensayo y error. Tal es el caso del tema del control de convencionalidad y constitucionalidad en México. Después de las sesiones de julio de 2011, el tema se pensó que estaba lo suficientemente discutido. Sin embargo, las Salas de la SCJN empezaron a tener interpretaciones diversas respecto a los nuevos pasos a seguir después del asunto varios 912/2010. Los siguientes párrafos pretenden ser una crónica de esa discusión, que a la fecha en que esto se escribe,¹⁵ no está resuelta.

En la sesión pública del 12 de marzo de 2012, se sometieron a consideración del Pleno de la SCJN, dos contradicciones de tesis. La primera, sometida por el ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano,¹⁶ y la segunda por el ministro Arturo Zaldívar.¹⁷

La propuesta del ministro Aguirre Anguiano planteaba que sí había contradicción de tesis entre la primera y la segunda Sala de la SCJN, respecto a si en el planteamiento que se haga en un juicio de amparo directo en el sentido de que una ley transgrede un tratado internacional, es una cuestión de legalidad o de constitucionalidad, a efecto de que proceda o no el recurso de revisión ante la Suprema Corte.

La posición del ministro Aguirre Anguiano fue que en un asunto en que se dirima si debe aplicarse la norma de un tratado internacional que no tiene por materia derechos humanos con una ley secundaria que tampoco regule un derecho humano, es un

¹⁵ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 12 de marzo de 2012. Este texto se escribió en junio de 2013.

¹⁶ 21/2011-PL- Contradicción de tesis entre las sustentadas por la Primera y Segunda Salas de la SCJN, al resolver los amparos directos en revisión 2336/2010 y 1169/2008, respectivamente.

¹⁷ 293/2011. Contradicción de tesis entre el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver, respectivamente, el amparo directo 1060/2008 y los amparos directos 344/2008 y 623/2008.

conflicto de legalidad, por lo que no procede el amparo directo en revisión.

El ministro Valls expresó que no estaba de acuerdo, que en asuntos como el caso, era necesario determinar qué tipo de instrumentos internacionales fueron objeto de análisis, porque, para él, se estaba ante el estudio de la contraposición de una ley frente a tratados internacionales de derechos humanos (en el caso, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo Social, respecto al artículo 15 de la Ley del ISSSTE). Por consiguiente, no se trataba del supuesto del proyecto.

La ministra Luna Ramos expresó que sí había un punto de contradicción, en virtud de que el tema en litigio no era la procedencia, sino la confronta existente entre la primera Sala, para la cual el problema era de constitucionalidad, y la segunda Sala, que lo consideraba de legalidad.

La ministra Sánchez Cordero expresó que bajo las nuevas condiciones de la reforma constitucional, ya no existía contradicción, porque los criterios contendientes eran anteriores a la reforma.¹⁸

Para el ministro Cossío Díaz, por el contrario, sí existía una contradicción. Lo anterior, porque el párrafo segundo del artículo 1 de la Constitución señala que se deben proteger los derechos humanos que estén contenidos en los tratados internacionales, no sólo los tratados internacionales de derechos humanos, por lo que podrían promoverse amparos en los cuales fuera procedente la revisión por versar en una cuestión de interpretación de un derecho, y otros en los que no fuera procedente por no tratarse de un derecho fundamental.

El ministro presidente sometió a votación si existía una contradicción, lo que fue resuelto por nueve votos a favor de la existencia. Después, sometió a consideración si la reforma constitucional había dejado sin materia la contradicción, lo que, a juicio de nueve ministros era incorrecto, toda vez que subsistía la materia de la

¹⁸ Ibídem, p. 11.

impugnación. La tesis sería retirada para discusión, centrándose el análisis en el proyecto del ministro Zaldívar.

En la sesión del 13 de marzo de 2012¹⁹ se continuó con la discusión del proyecto. La ministra Luna Ramos retomó el debate recordando que el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito determinó que los tratados en materia de derechos humanos estaban por debajo de la Constitución y por encima de las leyes, siendo los criterios de la Corte IDH orientadores en la solución de asuntos, en tanto que el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito, consideró que los tratados internacionales de derechos humanos están a la par de la constitución, siendo obligatorias las resoluciones de las instancias supranacionales. La ministra expresó que había, de acuerdo con la postura del ponente (Zaldívar), dos temas a dilucidar:

- 1) La jerarquía normativa de la Constitución con los tratados, y,
- 2) La obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH.

La ministra Luna Ramos expresó que no coincidía con la idea de un bloque de constitucionalidad ni con que los tratados estuvieran a la par de la Constitución, dado que el artículo 133 constitucional establecía que, para que los tratados fueran Ley Suprema de la Unión, debían estar de acuerdo con la Constitución, por lo que la Constitución estaba por encima de todos los ordenamientos jurídicos. Para la ministra, el artículo 133 establecía el régimen de supremacía constitucional, no exactamente el principio de jerarquía normativa. En ese tenor, la jerarquía normativa se produce, —argumentaba la alta juzgadora nacional—, con la concreción de las normas que en un momento dado integran el sistema jurídico, es decir, que la norma inferior siempre está supeditada a la norma superior (como sucede con los tratados respecto a la Constitución). Aunado a lo anterior, que el artículo 46 del Convenio de

¹⁹ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación celebrada el 13 de marzo de 2012.

Viena señala que los tratados internacionales que atenten contra las normas internas pueden dejar de ser aplicados.

La ministra Luna Ramos fue enfática al expresar que sólo la comparación de la norma con los artículos señalados en la Constitución es un control de constitucionalidad. La propia Constitución, después de la reforma, permite también el control de convencionalidad, que implica el análisis del acto o resolución con un tratado internacional.

El ministro Fernando Franco expresó que siempre se había separado de la expresión bloque de constitucionalidad. Por otra parte, debía de hacerse una mayor revisión del contenido del artículo 1 de la Constitución, para no vaciar su contenido.

La ministra Sánchez Cordero expuso que, si se consideraba que los tratados no estaban a la par de la Constitución, se estaría generando un vaciamiento de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Más que supremacía constitucional, lo supremo debían ser los derechos de las personas.

El ministro Aguirre Anguiano consideró que, frente a los casos en que se plantea una confronta de una norma con un tratado, se estará en presencia de un control de legalidad.

El ministro presidente expresó que, el concepto de bloque de constitucionalidad había generado una discusión importante, pero que podría tomarse en consideración otro término que significaría la protección de los derechos humanos con independencia de la sede.

El ministro Zaldívar consideró que no tenía problema en modificar el concepto de bloque de constitucionalidad, que lo fundamental era entender que los derechos humanos constitucionales y los derechos humanos de fuente internacional son el bloque de validez o las masas de derechos que se interrelacionan conjuntamente para proteger los derechos humanos de los habitantes del país.

El ministro Valls utilizó el concepto de "conjunto de normas de rango constitucional integrados por normas de la Constitución y

los tratados internacionales". Se sometió a consideración el punto, quedando empatado con cinco votos a favor y cinco en contra.²⁰

El segundo tema a discusión fue el relativo a que si la jurisprudencia de la Corte IDH era obligatoria para los juegadores mexicanos. En la resolución del caso Radilla, o, más específicamente, en el asunto varios 912/2010, por seis votos contra cinco, se señaló que sólo las decisiones en las que el Estado mexicano fuera parte serían consideradas obligatorias. Para el ministro, habría que pensar en el mandato del artículo primero de máxima protección de las personas, esta obligatoriedad no podía ser de manera acrítica o automática, sino que el juzgador debía analizar la jurisprudencia internacional y aplicarla siempre que fuera más favorable a la persona. El asunto no fue votado en esa sesión.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A PARTIR DE LA REFORMA. IMPACTO EN MATERIA ELECTORAL

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. CONCEPTO Y ORÍGENES

Por control de convencionalidad se entiende el proceso de discernir si una norma o un acto internos son o no convencionales (Ferrer 2012, 11-32). Por su parte, para Karlos Castilla, el control de convencionalidad es una interpretación de derechos y libertades acorde a tratados, que significa que los jueces nacionales están obligados a: 1) Observar los tratados internaciones; 2) Aplicar los tratados internaciones en materia de derechos humanos como el derecho interno que es; 3) No interpretar en contra del contenido, objeto y fin de los tratados internacionales; 4) Hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en los tratados internacionales y 5) Observar como pauta de interpretación la jurisprudencia de la Corte IDH (Castilla 2011).

²⁰ A favor los ministros Cossío, Zaldívar, Valls, Sánchez Cordero y Silva. En contra los ministros Aguirre Anguiano, Franco, Aguilar Morales, Ortiz y Luna Ramos. Estando ausente Pardo Rebolledo.

La primera pregunta que aflora es quiénes deben ejercer ese control de convencionalidad. Esto es, cuál es el grado de extensión de destinatarios de la norma. ¿Corresponde sólo a las altas cortes, como se discutió en un principio? ¿Sólo a los órganos jurisdiccionales? La propia evolución jurisprudencial ha sido consistente: se ha extendido el número de personas que están obligadas a ejercer este control de convencionalidad.

El concepto de control de convencionalidad se le debe al jurista Sergio García Ramírez.²¹ El primer paso hacia el control de convencionalidad se encuentra en el voto concurrente razonado del Juez García Ramírez en el Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, en el que se señala que debe ejercerse una especie de control de convencionalidad de las normas. Esta posición es retomada en el voto concurrente del mismo jurista en el Caso Tibi vs. Ecuador, en el que textualmente se refiere, en el párrafo 3, que los tribunales constitucionales revisan los actos que llegan a “su conocimiento en relación a normas, principios y valores de los tratados” (Corte IDH 2004).

El segundo paso se encuentra con la adopción plenaria de la Corte IDH del concepto de control de convencionalidad en el caso Almonacid Arellano vs. Chile. En aquella ocasión, la Corte IDH señaló que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad” (Corte IDH 2006). En esta ocasión, el destinatario del control de convencionalidad es el Poder Judicial.

Un tercer paso en la dinámica evolutiva del concepto de control de convencionalidad, lo encontramos en Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, en la que la Corte IDH señala que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad” (Corte IDH 2006). El control de convencionalidad dio un salto cualitativo de ser una especie de control, para convertirse en una obligación jurídica para todos los órganos del PJF.

El siguiente paso lo encontramos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, en el que Eduardo Ferrer Mac-Gregor participó como juez ad hoc. La redacción en esta parte de la

²¹ Aunque estoy convencido que Mauricio del Toro Huerta algo pudo haber tenido que ver.

resolución es del tenor siguiente: "Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en obligación de ejercer *ex officio*, un control de convencionalidad" (Corte IDH 2010). Cabe señalar dos temas en esta resolución, en la que nuevamente se amplía la extensión de sujetos destinatarios de la obligación de ejercer control de convencionalidad, ahora a todos los órganos vinculados con la administración de justicia (en lo personal, considero que ello incluye a las procuradurías, defensorías de oficio y consejos de la magistratura).

Finalmente, en el caso Gelman vs. Uruguay, se señala que los límites de lo decidable (clara referencia *ferrajoliana*) en los que también debe existir "un control de convencionalidad... son función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial" (Corte IDH 2011).

La primera pregunta está resuelta: el control de convencionalidad, según la Corte IDH, lo puede desarrollar cualquier autoridad pública. Sin embargo, esto no es tan claro en México. En el asunto varios 912/2010, el más alto Tribunal de la República señaló, en los términos de la resolución del caso Radilla y las inmediatas posteriores, que el control de convencionalidad lo podían ejercer los órganos jurisdiccionales. El punto a discusión es que, con la resolución del caso Gelman vs. Uruguay, señala que dicha facultad debe ser ejercida por todas las autoridades, incluyendo las administrativas. La posición de la Corte mexicana resulta restrictiva respecto de la nueva interpretación de la Corte IDH. Sobre esto volveré al analizar los problemas de aplicación.

El segundo tema es: cuáles son los márgenes de acción interna frente a la jurisprudencia de la Corte IDH. Por ser un tema que toca el bloque de convencionalidad, esto se analizará en el capítulo respectivo. Sin embargo, debe señalarse que los estados parte, al haber suscrito la CADH tienen una serie de obligaciones que los compelen a ajustar sus normas a los mandatos de la propia CADH.

En este sentido, si en términos de lo previsto por el artículo 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se establece la obligación para los estados parte de la misma —entre ellos México—, de observar la interpretación que realice la Corte IDH

en los asuntos que se sometan a su jurisdicción y aplicar su jurisprudencia que emita en la materia, como lo estableció al resolver el caso Almonacid Arellano vs. Chile en la que determinó que: "El poder judicial debe realizar una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas que aplican en los casos concretos y la CADH. 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 ultima de la Convención."²² El problema radica en que la Suprema Corte mexicana ha ordenado que sólo sean obligatorios para los juzgadores mexicanos, los caos en los que sea parte el Estado mexicano. Sobre esto, también volveré más adelante.

Es ilustrativo el voto razonado del Juez *ad hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en el fallo del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, en el que señaló que la intencionalidad de la Corte Interamericana es clara al establecer que el control de convencionalidad debe ejercerse por "todos los jueces", independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, lo cual implica, entre otros aspectos, la obligación de los jueces de aplicar de forma directa los tratados internacionales.

De esta forma, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de la competencia local o federal, necesariamente deben lograr interpretaciones conforme al *corpus iuris* interamericano.²³ Esto presenta una dificultad adicional,

²² Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. *Op. cit.*

²³ Véase voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrafos 19, 21, 24, 34, 35, 42, 43, 64, 66 y 67 en el cual señala las características del control difuso de convencionalidad en el que señaló que: las características del "control difuso de convencionalidad" aplican para el sistema jurisdiccional mexicano como en: Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, en Fernández Ortega y Otros vs. México (2010), y Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010), en los que ha reiterado 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

pues implica que autoridades administrativas deben ejercer control de convencionalidad en los casos del ejercicio de facultades materialmente jurisdiccionales, lo cual también representa un problema.

Respecto a la adecuación normativa, el artículo 1.1 de la CADH señala que los estados parte se comprometen a respetar los derechos y libertades contenidos en la Convención, así como en el numeral 2 a ajustar sus disposiciones internas a los mandatos de la misma. Esta cláusula es la base del control de convencionalidad difuso. Como ha señalado García Ramírez en el voto razonado del caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú: "la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del cual es coadyuvante, el internacional"²⁴

Lo anterior, es matizado por el margen de apreciación interna de cada estado, se entiende "una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados" (Bazán 2011, 19) Este margen de apreciación interna debe ser, sin embargo, razonable y no puede vulnerar los alcances de los derechos fundamentales de acuerdo con la interpretación de la Corte IDH.

Como ha señalado Víctor Bazán, "las posibilidades de éxito del control de convencionalidad están cifradas en el grado de receptividad de las misma en los derechos internos, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los estados" (Bazán 2011, 19-25).

En una descripción cronológica, el Tribunal Electoral ha ejercido, con matices de intensidad diferenciada, un control de convencionalidad en al menos tres formas: a) Invocación de tratados internacionales para la construcción de la premisa normativa; b) Migración de criterios internacionales para motivar la resolución

están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes."

²⁴ Parágrafo 11 del voto.

de casos en México, y, c) Control de convencionalidad para anular actos que infrinjan la Convención Americana sobre derechos humanos. Sin embargo, lo cierto es que dicho proceso de gestación de la interpretación electoral con perspectiva convencional es incluso anterior a la reforma constitucional de 2011. A continuación se desglosan ejemplos relevantes, antes y después de la reforma constitucional.²⁵

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011

Como se ha mencionado, la reciente reforma al artículo 1, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,²⁶ establece la obligación de las autoridades del Estado mexicano de aplicar las normas en materia de derechos humanos, de conformidad con la constitución y los instrumentos internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, aspecto que se complementa también con lo previsto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que les otorga la calidad de Ley Suprema de la Unión.

Es innegable el impacto que esa reforma, con los otros factores multicitados a lo largo del presente trabajo (la sentencia del caso Radilla y el asunto varios 912/2010) ha tenido en la dinámica jurídica nacional. Esa tesis es la que se ha pretendido defender en el ensayo: México ha experimentado una transición jurídica en estos años, si bien existían ciertos soportes previos en los que se edificó el nuevo modelo.

Sin embargo, el proceso de aplicación del control convencional partió de una serie de precedentes incluso anteriores a la

²⁵ La clasificación de pasos graduales en ejercicio del control de convencionalidad fue tomada de (Nieto y Espíndola 2012), *El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Competencia de Sala Regional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México, 2012. Cabe señalar que dicho texto se circunscribía a la Sala Regional Toluca, por lo que, se ha ampliado el análisis de casos para que sea una revisión integral del Tribunal.

²⁶ Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de julio de 2011, mediante 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.

reforma constitucional. En ese tenor, antes de la reforma, el Tribunal Electoral ya había ejercido control de convencionalidad, en diversas formas, primero, invocando tratados internacionales para la construcción de la premisa normativa (interpretación conforme en sentido amplio), después realizando una migración de criterios internacionales, para, finalmente, desaplicar normas por ser contrarias a la convención.

Interpretación conforme en sentido amplio (tratados y premisa normativa)

El inicio. Los casos en la Sala Superior

La invocación de tratados internacionales en la dinámica judicial del Tribunal Electoral, como práctica judicial cotidiana, se remonta a la integración de 1996-2006, en particular a la ponencia del entonces magistrado Jesús Orozco Henríquez. Temas como pueblos indígenas, estatutos de los partidos políticos o acceso a la información fueron privilegiados y considerados con mecanismos de interpretación conforme en sentido amplio. Adelante se mencionan sólo algunos asuntos como ejemplo.

El SUP-JDC-803/2002. Estatutos de los partidos políticos

El entonces magistrado Jesús Orozco Henríquez presentó a consideración del pleno la solución del juicio ciudadano 803/2002, mediante el cual la Sala Superior se pronunció respecto de la armonización entre el derecho político electoral de asociación de los ciudadanos y el principio constitucional de la libertad de auto organización de una entidad de interés público. En aquella ocasión, la interpretación sistemática de los artículos 9, 34 y 41 de la Constitución se fundió con los numerales 22 y 25 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCyp) 16 y 23 de la CADH. Nuevamente, encontramos la metodología de la interpretación conforme en sentido amplio que, en el caso, se tradujo en la premisa de que el control administrativo o jurisdiccional de la regularidad electoral se debe limitar a corroborar que en los estatutos razonablemente se contenga la expresión de derechos de los militantes,

pero sin que se traduzca dicha atribución en la imposición de un criterio obligatorio a los partidos políticos.²⁷ En esa sentencia, se consideró, además, que los Estatutos de los partidos políticos podían interpretarse de manera conforme con la Constitución.

El SUP-JDC-11/2007. El caso Tanetze de Zaragoza

Tanetze de Zaragoza es un municipio rural e indígena del estado de Oaxaca. De conformidad con el Censo General de Población y Vivienda elaborado por el INEGI en el año 2000, del que da cuenta la sentencia, el municipio de Tanetze de Zaragoza contaba con: 1855 habitantes asentados en una superficie de casi 59 km²; ubicado a una distancia de 114 km² de la capital del estado de Oaxaca; 94.9% de la población se dedica a las labores agrícolas y ganaderas, misma que sobrevive con un ingreso máximo de dos salarios mínimos.

Los datos respecto al analfabetismo son escalofriantes. El 49.25% (aproximadamente 913 personas) no terminaron la primaria. La mayoría de las 484 viviendas reportadas en el censo, tienen pisos de tierra, muros de abobe y ladrillo, y techos de lámina.²⁸

La parte actora, indígenas de la comunidad, en un escrito redactado en mal español, relataban las condiciones de gobernabilidad del municipio desde el año 2002, y solicitaban la intervención del Tribunal Electoral para permitir la celebración de comicios. La autoridad responsable señaló, al rendir su informe circunstanciado, que debía desecharse la demanda por extemporánea, dado que el acto reclamado se había publicado el 30 de diciembre de 2010 en el Diario Oficial del Estado, por lo que el plazo corrió del 2 al 5 de enero de 2011, y la demanda se presentó el 11 siguiente.

La argumentación del Tribunal Electoral en el caso en concreto es un ejemplo de la labor interpretativa con corte garantista, para proteger a un grupo vulnerable. La Sala Superior declaró que no podía exigirse a los ciudadanos del municipio, en virtud de sus

²⁷ SUP-JDC-803/2002. Ponencia del Magistrado José de Jesús Orozco Henríquez. El proyectista fue Gustavo Avilés. Entre otras, de dicha sentencia emanó la tesis ESTATUTOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. ES ADMISIBLE SU INTERPRETACIÓN CONFORME.

²⁸ La única diferencia entre el municipio y el hipotético San Pedro de los Saguaro de la película La Ley de Herodes, es que Tanetze de Zaragoza es real.

condiciones económicas y sociales, enterarse de los comunicados de la autoridad difundidos a través del periódico oficial, máxime que no se contaba con indicios que sugirieran que dicho órgano de difusión se distribuyera en el municipio en cuestión. Por lo anterior, se admitió la demanda y, en el fondo del asunto, declaró fundado el agravio y se ordenó convocar a comicios en el municipio de marras.

Para efectos del presente artículo, es decir, el control de convencionalidad y el nuevo paradigma, resulta relevante traer a colación el fundamento utilizado en la sentencia. La Sala Superior realizó una interpretación sistemática de los preceptos 2, apartado A, fracción VIII, 17 y 133 de la Constitución con los numerales 1 párrafo 1 de la CADH y 4, apartado 1 y 12, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, entre otras disposiciones, para determinar que el órgano jurisdiccional debía analizar la legitimación procesal activa de manera flexible, por las particularidades que revisten esos grupos o comunidades y las circunstancias jurídicas y fácticas de las mismas, debiendo evitar formalismos que puedan impedir la impartición de justicia y el ejercicio de algún derecho.

Al respecto, se emitió la jurisprudencia 27/2011 (la jurisprudencia es posterior a la reforma, pero el asunto es del año 2007, anterior al proceso de adecuación constitucional del artículo 1): COMUNIDADES INDÍGENAS, EL ANÁLISIS DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO, DEBE SER FLEXIBLE. Una situación similar ocurre respecto a la valoración de la publicación en los diarios oficiales, que queda al arbitrio judicial en la tesis: COMUNIDADES INDÍGENAS, NOTIFICACIÓN DE ACTOS O RESOLUCIONES DE AUTORIDAD ELECTORAL POR PERIÓDICO OFICIAL. EL JUZGADOR DEBE PONER LAS SITUACIONES PARTICULARES PARA TENERLA POR EFICAZMENTE REALIZADA.

Asimismo, y tal vez como la jurisprudencia más relevante de este proceso, la número 13/2008 cuyo rubro es COMUNIDADES

INDÍGENAS, SUPLENCIA DE LA QUEJA EN LOS JUICIOS ELECTORALES PROMOVIDOS POR SUS INTEGRANTES (TEPJF 2012).

El punto central es que, respecto al derecho de acceso a la justicia de las comunidades indígenas, la Sala Superior realizó un proceso de interpretación sistemática para la formulación de la premisa normativa, tomando elementos normativos de corte constitucional, convencional americano y universal, así como disposiciones legales. Este modelo de interpretación que, en la resolución del asunto varios 912/2010 de la Suprema Corte, adquirió la denominación de “interpretación conforme en sentido amplio” corresponde a la idea de una perspectiva actual del derecho judicial, que incorpora a la deliberación parámetros normativos supranacionales que, a su vez, forman parte de la norma suprema de la Unión.

Rodolfo Luis Vigo, al analizar dicha resolución, plantea que es fácil detectar cómo el Tribunal toma distancia de la matriz teórica del Estado de Derecho legal y asume la postura de los Estados de Derechos constitucional y democrático. Para el autor en comento, la sentencia es importante porque: 1) Localiza el derecho no sólo en las normas, sino en los principios y valores; 2) La constitucionalización del derecho obliga al jurista a buscar en la Constitución la respuesta correcta; 3) La formación del jurista requiere no sólo elementos de dogmática, sino acceso cognoscitivo racional de valores, principios o fines del derecho; 4) La sentencia presta especial interés en el análisis de los hechos; 5) El jurista no puede prescindir del valor; 6) El derecho en México otorga un papel prioritario a las fuentes del derecho supranacional; 7) El derecho tiene más de una sola respuesta correcta; 8) La jurisprudencia es una fuente vital del derecho; y 9) Los jueces contemporáneos tienen claro su papel en la sociedad y el valor del fin del derecho en su función (Vigo 2009, 68).

El SUP-JRC-267/2007. Honra y reputación

En el SUP-JRC-267/2007, el punto de debate eran las expresiones vertidas en el marco de una campaña electoral. El Partido Acción Nacional (PAN) combatía la sentencia de la Segunda Sala Unitaria del Tribunal Estatal Electoral de Tamaulipas. La Sala Superior, al resolver,

tomó en consideración el mandato del artículo 6 de la Constitución, así como los numerales 19, párrafo 3, inciso a) del PIDCyp y 13, párrafo 1, inciso a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para efecto de construir la premisa normativa en torno a los límites del derecho a la libertad de expresión, considerando que la honra y dignidad son valores universales construidos con base en la opinión, de ahí que a partir del menoscabo o degradación de los atributos de la personalidad es factible ilustrar sobre la vulneración de los derechos fundamentales citados, por lo que, en el marco del debate político, las expresiones que hagan quienes intervienen en la contienda, con el fin primordial de denigrar el nombre, estado civil, nacionalidad o la capacidad de sus oponentes, implica vulneración de derechos de tercero o reputación de los demás.

Con independencia de que genera dudas que el cuestionamiento sobre la nacionalidad o la capacidad de sus oponentes pueda significar un ataque a la honra y la reputación (primero habría que revisar la veracidad de las afirmaciones y, segundo, creo que en una contienda lo que debe de buscarse es, precisamente, señalar las ventajas y atributos personales respecto de los otros contendientes), lo importante es que el Tribunal Electoral nuevamente construye la premisa normativa a partir de la interpretación sistemática de las normas constitucionales y convencionales. En ese caso, el derecho potenciado fue el derecho a la honra y vida privada. Nuevamente, interpretación conforme en sentido estricto, aun cuando, para el presente caso, debió efectuarse un test de proporcionalidad.

El SUP-RAP-288/2007. La libertad de expresión e información

En el asunto de mérito, nuevamente el punto en litigio era el ejercicio de la libertad de expresión. El Partido Acción Nacional combatía, nuevamente, una resolución del Tribunal Estatal Electoral de Tamaulipas. La Sala Superior realizó igualmente una interpretación conforme en sentido amplio, para construir una premisa normativa con el artículo 6 de la Constitución, 19 del PIDCyp el 13 de la CADH. El argumento central fue que el ejercicio de la libertad

de expresión no es absoluto, que encuentra límites en cuestiones de carácter objetivo, relacionadas con determinados aspectos de seguridad nacional, orden público o salud pública. Para la Sala Superior, en lo tocante al debate político, el ejercicio de los derechos de expresión e información ensancha el margen de tolerancia frente a los juicios valorativos, apreciaciones o aseveraciones emitidas en las campañas, dentro del entorno democrático.

Casos de Salas Regionales

En primer término, se encuentra un desfase entre el proceso de invocación de tratados internacionales en la Sala Superior respecto a la actividad de las Salas Regionales. Esto se explica en razón de que, si bien existían éstas, su actuación era restringida a los procesos electorales federales y se trataba de tribunales básicamente de legalidad (nulidad de votación recibida en casilla y credencial para votar, viendo temas de constitucionalidad sólo en inelegibilidad y nulidad de elección). Con la reforma de 2007-2008, que amplió la competencia de las Salas Regionales y fijó su permanencia, éstas conocieron de asuntos vinculados con protección de derechos fundamentales, revisión constitucional y apelación, lo que incentivó la deliberación judicial y multiplicó la invocación de tratados internacionales.

Migración de criterios internacionales a las resoluciones de casos prácticos

El segundo modelo de desarrollo en la construcción del control de convencionalidad fue la migración de criterios supranacionales para motivar los asuntos. La premisa filosófica que sirvió de fondo a esta etapa fue que el Tribunal Electoral, como órgano de control constitucional, era resultado de un proceso de transformación constitucional y democrática global, no solo mexicano, lo que se comprobaba con la simple constatación fáctica de que su época de gestación y fortalecimiento coincidía con la denominada segunda ola democrática, que significó la transición democrática y reconstitucionalización de América Latina y Europa del Este. Por

tanto, al formar parte de un movimiento global por la democracia, el Tribunal Electoral debía utilizar la interpretación que órganos garantes de la permanencia democrática realizaban particularmente en torno al ejercicio de los derechos fundamentales. Fue así que se empezaron a invocar precedentes internacionales en la resolución de casos, como los siguientes:

Los casos de Sala Superior

El caso Hernández y el caso Pedraza.

La rehabilitación de los derechos políticos

El caso Hernández, contenido en el expediente (SUP-JDC-20/2007), es un buen ejemplo de cómo la jurisdicción nacional se nutre de criterios sostenidos por tribunales de otras latitudes. En el caso concreto, un ciudadano había sido suspendido en sus derechos político-electORALES por una causa penal. Sin embargo, el ciudadano se encontraba en el régimen penal de preliberación, en la modalidad de presentaciones semanales en relación con su causa penal. Es decir, se encontraba, en virtud de una causa lícita, disfrutando de su libertad.

En ese contexto, acude a tramitar su credencial para votar con fotografía, pero, el Registro Federal de Electores del IFE le niega la solicitud, por estar suspendido en sus derechos políticos, en virtud de una pena corporal impuesta por el Juez Primero Penal de Primera Instancia de Tlalnepantla, estado de México. La Sala Superior determinó revocar la resolución administrativa y, por ende, la expedición de su credencial para votar. La sentencia parte del análisis de la CADH y del PIDCYP, así como de instrumentos no vinculantes como las Reglas de Tokio. Pero, también recoge casos de tribunales supranacionales, por ejemplo, el caso Hirst vs. Reino Unido, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que extender la suspensión del derecho a votar de forma general era incompatible con las obligaciones derivadas del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades. También son mencionados casos como el de Sauve vs. Canadá de la Suprema Corte de Canadá.

Como ha mencionado Luis Efrén Ríos, el caso Hernández es importante por varios aspectos: 1) Fue la primera vez que el TE-PJF se pronunció sobre la restitución de la ciudadanía por preliberación; 2) Es relevante señalar los límites de los derechos políticos; 3) Apunta a construir un derecho a la rehabilitación política; 4) Se discute sobre los usos no electorales de la credencial; 5) Permite discutir los temas de suspensión y rehabilitación de la ciudadanía y 6) Es un criterio pro derechos políticos (Ríos Vega, 2010).

Respecto al caso Pedroza, la Sala Superior consideró, con base en lo dispuesto por los artículos 14 y 25 del PIDCyp, 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 26 de la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre y 7 y 8 de la CADH, congruentes con la presunción de inocencia, la suspensión de derechos consistente en la restricción particular y transitoria del ejercicio de los derechos del ciudadano relativos a la participación política, debe basarse en criterios razonables, por lo que, mientras no se le priva de la libertad, —y por tanto se le impida el ejercicio de los derechos—, no hay razón para justificar la suspensión o merma en el derecho al voto activo (SUP-JDC-85/2007).

Censura previa. El SUP-RAP-254/2008

En el SUP-RAP-254/2008, del 21 de enero de 2009, la Sala Superior del Tribunal Electoral resolvió la demanda promovida por el Partido Socialdemócrata en contra del Consejo General del IFE, por la reglamentación del derecho a la libertad de expresión, en la que se señalaba que la propaganda electoral debería tener un sustento o apoyo. El Tribunal Electoral resolvió, con fundamento en los artículos 6 y 7 constitucionales, 19, párrafos 2 y 3 del PIDCyp 13 de la CADH, que el ejercicio de la libertad de expresión se maximiza en el contexto de la propaganda electoral, por lo que la autoridad administrativa no podía implementar mecanismos para excluir, en forma previa, expresiones que se profieran en el marco del debate político. La sentencia, de la cual emanó la tesis CENSURA PREVIA. EXISTE CUANDO LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA SUJETA, DE MANERA ANTICIPADA, LAS EXPRESIONES QUE SE HACEN EN LA PROPAGANDA POLÍTICA, A UNA RES-

TRICCIÓN DISTINTA A LAS PREVISTAS EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL (SUP-RAP-254/2008), es un claro referente a la prohibición que existe en las democracias occidentales de establecer mecanismos de censura previa, en virtud de que se afectaría el derecho a la libertad de expresión en su dimensión social, la cual implica que la sociedad debe tener oportunidad de conocer todos los puntos de vista para que cada individuo, en una reflexión personal, tome el criterio que mejor le convenga. La sentencia utiliza dicho criterio sostenido por la Corte IDH al resolver el caso La última tentación de Cristo, y es muestra del diálogo jurisdiccional entre los órganos judiciales supranacionales y estatales.

Los casos en las Salas Regionales

Un caso de acceso a la justicia. El ST-JRC-18/2008.²⁹

El asunto versó en torno al desechamiento de una demanda de recurso de apelación por parte del Tribunal Electoral del estado de Michoacán. El partido político actor (el PAN) impugnó la sentencia del Tribunal Electoral del estado de Michoacán que desechó el recurso de apelación local por considerarlo extemporáneo.

El argumento de la responsable para desechar el medio de impugnación local se basó en que al analizar lo previsto en el artículo 7 de la Ley de Justicia Electoral del estado de Michoacán se estaba en presencia de una laguna, ya que dicho precepto solamente se refería a los días hábiles en que se puede interponer un medio de impugnación, no así respecto a las horas en que éste se debe presentar, por lo que acudió a lo previsto en el artículo 47 de su Reglamento Interior, el cual prevé que durante el tiempo que no corresponda a un proceso electoral serán horas hábiles las que medien entre las ocho y las veinte horas.

Por tanto, el Tribunal Electoral del estado de Michoacán concluyó que si la presentación del escrito inicial del recurso de apelación interpuesto por el Partido Acción Nacional ocurrió a las 23 horas

²⁹ Nota: Una versión anterior del análisis de las sentencias ST-JRC-18/2008, ST-JDC-295/2009, ST-JDC-53/2011 y ST-JDC-463-2011 Y ACUMULADO, ya habían sido publicadas.

con 35 minutos del último día hábil del plazo legal, era inconcuso que su promoción resultaba extemporánea, al no efectuarse antes de las veinte horas. Es decir, a pesar de ser el día en que concluía el plazo, lo presentó ante el Instituto Electoral de Michoacán fuera de las horas hábiles

Por su parte, el partido político impugnante adujo en vía de agravios que la responsable violó los principios de legalidad y objetividad, toda vez que el artículo reglamentario con el que sustenta su determinación es de observancia limitada y dirigida al interior del tribunal electoral local, y agrega que dicha determinación viola el acceso a la justicia del partido político impugnante, ya que la responsable partió de una premisa errónea al establecer que el plazo para interponer el recurso de apelación venció a las 20 horas del último día para impugnar. Esto es, que la autoridad inobservó lo previsto en el artículo 7 de la Ley de Justicia Electoral de esa entidad, que establece como regla general para la interposición de los medios de impugnación que los plazos se computarán de momento a momento y, si están señalados por días, estos se considerarán de veinticuatro horas; por lo que si el partido político actor presentó su recurso de apelación a las 23:30 horas del último día para impugnar, era inconcuso que estaba presentado en tiempo.

Al respecto, la Sala Regional Toluca determinó que le asistía la razón al partido político impetrante, porque el derecho de acceso a la justicia, al tratarse de un derecho fundamental, sólo puede restringirse a través de disposiciones de rango constitucional o legal que sean idóneas, necesarias y proporcionales para alcanzar otros fines del Estado constitucional de derecho, por lo que un Reglamento que establece condiciones de funcionamiento y organización de un tribunal no puede ser interpretado en el sentido de restringir una libertad básica, por lo que respecto a ello se invocó la opinión consultiva 6/86 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De igual forma, se hizo mención al caso Cantos, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció, entre otros, el derecho de toda persona a acceder a un tribunal, el cual obliga a las autoridades no sólo a establecer un aparato judicial capaz de

atender los reclamos y denuncias de las personas, sino también no imponer obstáculos a quienes acuden a los jueces o tribunales.

De nuevo sobre la libertad de expresión. El SX-JIN-14/2009

En el caso Coatzacoalcos, el SX-JIN-14/2009, la Magistrada Claudia Pastor Badilla propuso a sus pares, en un proyecto aprobado por unanimidad, declarar la validez de la elección de diputados federales del distrito electoral federal número 11 de Veracruz. El partido actor buscaba que se declararía la nulidad de las elecciones, entre otras causas, en virtud de que el partido vencedor había utilizada propaganda negra durante las campañas. La propaganda negra consistía en la distribución, por correo electrónico, calcomanías, volantes y espectaculares de imágenes del candidato en la que se le calificaba como “la rata más grande que ha tenido Coatzacoalcos” e “Iván el rata”, y se le invitaba para competir como “rey feo” en el carnaval, entre otros.

En primer término, la Sala Xalapa estableció una metodología para analizar la propaganda negra, misma que hizo consistir en: a) Acreditar que las expresiones vulneraran los extremos del artículo 41 constitucional; b) Acreditar la imagen de la persona afectada; c) Acreditar la lesión a la imagen, y d) Establecer el grado de afectación en el proceso electoral de dicha conducta.

La Sala Xalapa, a través de diversos precedentes de la Corte IDH, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la propia Sala Superior, concluyó que los servidores públicos tenían un umbral diferente de protección del derecho al honor, por la calidad de interés público que conllevan sus acciones, por lo que debía permitirse el ejercicio de la crítica de las campañas electorales (SX-JIN-14/2009).

Equidad de género. El ST-JDC-295/2009

El precandidato a diputado federal por el Partido Revolucionario Institucional (PRI) acudió en demanda de juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano para inconformarse con la resolución de la Comisión Nacional de Justicia Partidaria, en la que se postulaba a Blanca Villaseñor Gudiño como candidata a diputada federal propietaria por el principio de mayoría relativa en

el distrito electoral 04 de Michoacán, aduciendo, entre otros temas, que la candidata había sido designada por cuestiones de género, lo que consideraba discriminatorio.

La autoridad responsable determinó en este caso (empate en la votación), que el Comité Ejecutivo Nacional tenía la facultad discrecional de designar a aquél candidato o candidata que mejor correspondiese a los intereses de la administración, entidad e institución partidaria, así como a los intereses y valores de la institución a la que pertenezca o represente el órgano resolutor.

Sostuvo también la legalidad de la resolución impugnada, puesto que para la designación consideró postular a la ciudadana Blanca María Villaseñor Gudiño como candidata a diputada federal debido a sus características personales de capacidad, honestidad, aceptación social, convicción ideológica, militancia y trabajo partidista.

Al respecto, la Sala Regional Toluca, al resolver el juicio ciudadano, sostuvo que la autoridad partidista responsable actuó conforme a derecho al determinar la designación de Blanca Villa-señor, atendiendo al principio de equidad de género contemplado en las disposiciones de sus propios estatutos,³⁰ y señaló que en el ámbito interamericano existe amplia coincidencia en el sentido de que el principio de no discriminación se ha convertido en una norma interpretativa de derecho internacional de derecho internacional de los derechos humanos que no admite disposición en contrario.

En dicha ejecutoria, se aplicaron los artículos 2, 3, 23.4, 24.1, y 26 del PIDCyP; artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); 1, 13.5, 17.4 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo primero de la Convención de la eliminación de todas las formas de discriminación a la mujer, y los artículos 4 y 5 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer.

De igual forma, se invocó la opinión consultiva sobre la propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica

³⁰ Son ilustrativos del caso los artículos 42 y 167 de los Estatutos del Partido Revolucionario Institucional.

relacionada con la naturalización, con número de clave OC-4/84 del 19 de enero de 1984, en la que se mencionó que es posible establecer un trato diferenciado basado en criterios razonables y objetivos, que de ninguna manera constituyen discriminación.³¹

De igual forma, en el fallo de referencia se aplicaron las convenciones sobre la participación política de la mujer, las conferencias del Cairo y Beijing y la jurisprudencia más importante de las naciones democráticas que han impulsado la idea de las acciones afirmativas en esta materia, así como la transformación del concepto de igualdad formal, esto es, la igualdad basada en que los hombres y las mujeres somos iguales ante la ley, sin importar las diferencias existentes en el plano fáctico.

En síntesis, el objetivo del ponente fue señalar que las decisiones de postular a determinada candidata o candidato fundadas en cuestiones objetivas, incluyendo el tema del género, no constituían un acto discriminatorio sino que, por el contrario, buscaban transitar de la igualdad formal ante la ley a una igualdad sustancial, lo que se logra sólo con el ejercicio de derechos fundamentales.

El marco teórico implementado se fundó en el pensamiento de Ferrajoli (Ferrajoli 1999, capítulo tres), que señala que el derecho ha configurado las diferencias entre mujeres y hombres en cuatro estadios diferenciados: la indiferencia jurídica, la diferenciación jurídica, la homologación jurídica y, finalmente, la valoración jurídica de las diferencias. México, con la reforma constitucional de la década de los setenta, pugnó por un modelo de homologación jurídica de las diferencias: las diferencias se pierden atendiendo a una abstracta idea de igualdad. Sin embargo, la sentencia en comentario se inclina hacia el cuarto estadio, la valoración jurídica, en la que

³¹ En dicha ejecutoria, se hace mención al caso resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso Hilaire, Constantine, Benjamín y otros, de 21 de junio de 2002, en donde se señala que es imprescindible que se respeten como derechos de la mujer el ser valorada y educada libre de patrones estereotipados y, por otra parte, la eliminación de cualquier forma de discriminación expresa o implícita, para avanzar en la construcción de la igualdad sustancial y no solo formal.

Finalmente, se menciona que el Tribunal Constitucional Español en la línea de articular acciones positivas a favor de las mujeres, emitió la resolución STC 109/1993, misma que también se cita en dicha ejecutoria.

se punga por aceptar que existen diferencias entre mujeres y hombres, y el derecho debe tutelarlas y protegerlas.

Lo anterior, en razón de que, a pesar de que en México se consagró a nivel constitucional la referencia explícita de que el varón y la mujer son iguales ante la ley, lo cierto es que, en el plano fáctico, existen discriminaciones y desigualdades que no es posible soslayar ni minimizar. Por tanto, mientras existan desigualdades en el plano fáctico es necesario que la legislación y la normatividad interna de los partidos políticos mantengan y operen las premisas que sustentan el establecimiento de cuotas de género para los partidos políticos, con la finalidad de disminuir los efectos perniciosos de esta tradición.

Desaplicación de normas o actos por ser contrarias a los tratados internacionales

Sala Superior

La contradicción de tesis 2-2000 —PL y la importancia del caso Hank

El caso de la desaplicación antes de la reforma se remonta a uno de los asuntos paradigmáticos de la actual integración de la Sala Superior (2006-2016), que es conocido como “Caso Hank”, en el que se aborda la limitante del derecho a ser votado que preveía el párrafo tercero del artículo 42 de la Constitución de Baja California, que impedía a los presidentes municipales en funciones contender como candidatos de un partido político al cargo de gobernador del Estado.

Antes de entrar al análisis de la resolución es preciso hacer una consideración previa. El ejercicio del control de convencionalidad llegó al Tribunal Electoral motivado por una decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que impidió al Tribunal Electoral, desde el año 2002 en que se resolvió la contradicción de tesis 2/2000 y hasta el año 2007, ejercer control de constitucionalidad de leyes (Orozco 2006).

Los antecedentes del caso se remontan al año 1999. Ese año, la Sala Superior resolvió el expediente SUP-JRC-038/99, en el cual sostuvo que el Tribunal Electoral estaba facultado no sólo para revocar actos o resoluciones inconstitucionales, sino también aquellos que estuvieran fundados en normas contrarias a la Constitución, sin que fuera obstáculo la previsión del numeral 105 de la propia Constitución que señalaba que la única vía para combatir la inconstitucionalidad de leyes era la acción de inconstitucionalidad, toda vez que dicho mecanismo se ejercía en abstracto, y los medios de impugnación en materia electiva en concreto. Derivado de dicho asunto, se emitió la tesis de jurisprudencia con el rubro TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, TIENE FACULTADES PARA DETERMINAR LA INAPLICABILIDAD DE LEYES SECUNDARIAS CUANDO ÉSTAS SE OPONGAN A DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES.

La resolución citada en el párrafo que antecede generó la contradicción de tesis que, el 15 de noviembre de 1999, planteó el entonces presidente del TEPJF. La contradicción versaba en torno a la interpretación del sistema de representación proporcional en dos entidades. En el expediente SUP-JRC-209/99, la Sala Superior consideró que en el caso de Quintana Roo podían fijarse, como tope máximo de diputados por ambos principios, incluso un mayor número que la cantidad de distritos electorales uninominales. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación había sostenido, con base en el principio del modelo federal contenido en el artículo 54 de la Constitución, que los partidos políticos sólo podían llegar a tener, por ambos principios, el número equivalente a los distritos electorales uninominales, en la acción de inconstitucionalidad 6/98 relativa al estado de Guerrero.

Con independencia de las críticas a dicha interpretación,³² el tema central tenía que ver si el Tribunal Electoral podía ejercer un control de constitucionalidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 2/2000-PL, determinó que la contradicción era improcedente por las razones

³² El hoy ministro José Ramón Cossío Díaz cuestionó dicha sentencia (Cossío 2002).

siguientes:³³ a) Control difuso de la constitucionalidad prohibido por la Constitución; b) Las contradicciones de tesis sólo podían versar sobre la inconstitucionalidad de actos o resoluciones, pero no de leyes; y, c) Que el Tribunal Electoral era un tribunal de legalidad. Con ello, la SCJN, en aquella ocasión, cercenó una de las más importantes facultades desarrolladas por la interpretación judicial del Tribunal Electoral.

Con el anterior antecedente, era claro que el Tribunal Electoral no podía ejercer un control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, los asuntos seguían ingresando a la justicia electoral en temas que, de manera gradual, se acercaban a las necesidades de una sociedad que busca un tribunal constitucional, así sea especializado como el Tribunal Electoral.

En ese orden de ideas, ante la imposibilidad de sostener la inconstitucionalidad de una ley, los actores en el asunto del caso Hank presentaron una línea argumentativa diferente. Ello dio como resultado el primer caso de control de convencionalidad, como se expone en los siguientes párrafos (SUP-JDC-695/2007).

El ciudadano Jorge Hank Rohn, quien desempeñaba el cargo de presidente municipal de Tijuana, Baja California, fue postulado por la coalición “Alianza para que vivas mejor” al cargo de gobernador de dicha entidad federativa. El Consejo local otorgó el registro al ciudadano, sin embargo, el Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del estado de Baja California revocó dicho registro por considerar que se vulneraba el artículo 42 de la Constitución Política del Estado, que preveía una prohibición para que los presidentes municipales no pudieran ser candidatos a gobernador durante el ejercicio de su cargo. Contra dicha resolución, el ciudadano Hank promovió un juicio ciudadano que fue resuelto por la Sala Superior del TEPJF en el sentido de revocar la resolución y ordenar su registro como candidato.

El planteamiento jurídico de fondo fue el siguiente:

³³ Contradicción de tesis 2/2000-PL. 124-7.

La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California establecía que los presidentes municipales no podían contender para el cargo de gobernador de una entidad federativa hasta que concluyeran su encargo (norma conocida con el mote de “ley anti-chapulín”). La parte actora adujo que dicha disposición, en la que se fundó el Tribunal Electoral local para revocar su registro vulneraba sus derechos político-electorales. Como se ha planteado párrafos arriba, la Sala Superior carecía de competencia para declarar la inconstitucionalidad de la normativa local. La respuesta fue señalar, conforme a lo dispuesto por los artículos 1 y 133 de la Constitución, 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 1, 2, 23, 29 y 30 de la CASDH, que el hecho de que un ciudadano se encuentre en ejercicio de un cargo público, no impide que pueda registrarse como candidato para contender por otro cargo de esa naturaleza, aun cuando no hubiera terminado el mandato para el cual fue electo. Por lo que, cualquier limitación a la posibilidad de contender de un ciudadano, durante el desempeño de un cargo, debe hacerse en armonía con el texto fundamental y los instrumentos internacionales en cuanto potencian el derecho a ser votado.

La sentencia de la Sala Superior, entre otras cuestiones, realizó un estudio pormenorizado respecto de la vulneración del derecho al voto pasivo; para ello, efectuó una interpretación sistemática de los Tratados Internacionales suscritos por nuestro país, de entre los cuales destacan la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (artículos 1, 2, 29 y 30) el Pacto Internacional Sobre Derechos Civiles y Políticos (artículo 25), concluyendo que el precepto de la constitución local que impedía a Hank Rohn ser postulado para gobernador no era acorde con los instrumentos internacionales, en tanto que al tratarse de un derecho fundamental de tales dimensiones debería acudirse a una interpretación sistemática que potencie su ejercicio, por lo que dispuso revocar la determinación del tribunal electoral local, al ser las normas convencionales de mayor jerarquía que la Constitución de una entidad federativa (SUP-JDC-695/2007).

José Luis Caballero (Caballero 2008, 445-8) señala que en la sentencia habría que resaltar, primero, que el TEPJF aprecia a la CEPEUM

como una estructura mínima de derechos, lo cual es acorde con la práctica interpretativa de los tribunales internacionales. En segundo lugar, que presenta un modelo expansivo de protección a los derechos políticos, que sólo puede ser restringido por causa expresa.

Además, el autor en comento menciona que es de llamar favorablemente la atención que el TEPJF marca distancia de la práctica judicial de ignorar o sólo citar tratados como soporte, sino que en el caso se acude a los tratados para armonizar y desarrollar el contenido de los derechos políticos. La otra característica es que invoca, sobre todo, dos normas: el PIDCyp la CADH, pero refuerza el argumento con la interpretación supranacional (el caso Yatama vs. Nicaragua), para terminar desaplicando la disposición interna.

El sistema jurídico mexicano le debe mucho a esa primera sentencia de control de convencionalidad. Los proyectistas de dicha sentencia y los magistrados y magistradas de Sala Superior enseñaron a una generación a pensar con criterios de convencionalidad. A desaplicar normas por ser contrarias a un tratado internacional, incluso antes de que le fueran devueltas sus facultades de control constitucional.

A partir de la resolución antes citada, surgió la jurisprudencia 2/2010, con el rubro DERECHO A SER VOTADO. NO DEBE VULNERARSE POR OCUPAR UN CARGO DE ELECCIÓN POPULAR (LEGISLACIÓN DE BAJA CALIFORNIA) (Jurisprudencia, V. 1, 262-3).

Perspectiva de género

En la actual integración del Tribunal Electoral uno de los temas de mayor consistencia garantista en las sentencias ha sido la perspectiva de género. Muchas sentencias han sido relevantes, pero tal vez la primera de gran calado fue la resolución del juicio ciudadano SUP-JDC-461/2009. En aquella ocasión, la Sala Superior determinó revocar la decisión de la Comisión Nacional de Garantías del Partido de la Revolución Democrática (PRD), con base, entre otras disposiciones, de los artículos 2 y 7, inciso b) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

Mary Telma Guajardo Villarreal impugnó la aprobación de las candidaturas a diputados federales por el principio de representación proporcional, específicamente respecto de su lugar de la lista. La actora buscaba el tercer lugar de la lista, en lugar de la cuarta casilla. Es importante expresar que la posición de la Sala Superior fue profundamente garantista, al considerar que las candidaturas de representación proporcional debían colocar en forma sucesiva una mujer seguida de un hombre, o viceversa, hasta agotar las cinco candidaturas del segmento, de modo tal que el mismo género no se repitiera de manera consecutiva. Consideró que la finalidad de la regla era el equilibrio entre los candidatos por el principio de representación proporcional de ambos sexos, para lograr la participación política efectiva de las mujeres en el Congreso, en un plano de igualdad substancial (Ferrajoli 1999).

La Sala considera que alternar implica el cambio, la variación o turno repetido, por lo que el registro desarrollado por el partido político no logra la igualdad de oportunidades y paridad de género exigidas por las legislaciones aplicables, porque se rompe el equilibrio entre ambos sexos y, con ello, la nivelación de las posibilidades para ambos géneros de alcanzar un cargo de representación popular. Por el contrario, la interpretación propuesta por la Sala Superior permite a los partidos políticos procurar la paridad de género en la vida política del país y desarrollar el liderazgo político de las mujeres a través de postulaciones a cargos de elección popular (SUP-JDC-461/2009 y SUP-JDC-28/2010).

APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DESPUÉS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Sala Superior

Invocación de tratados para formular la premisa normativa

Caso Cherán. De vuelta con los derechos de los pueblos y comunidades indígenas

Uno de los asuntos de mayor trascendencia en la época post reforma constitucional es el caso Cherán. La comunidad del pueblo purépecha de Cherán, en la meseta tarasca de Michoacán, ha experimentado un proceso autonómico importante. En primer término, ante la tala ilegal que sufrían sus bosques, y la imposibilidad material del estado michoacano de brindar la protección adecuada, la comunidad decidió establecer un sistema de vigilancia interno. Después, planteó ante el Instituto Electoral de Michoacán (IEM) la solicitud de realizar elecciones a través del sistema normativo indígena.

El IEM determinó que no podía apartarse del sistema legal que lo constreñía a organizar los comicios con el sistema de partidos políticos. Ante dicha circunstancia, una serie de ciudadanos indígenas promovieron un juicio ciudadano que, por cuestión de la importancia y trascendencia del caso, fue atraído por la Sala Superior del Tribunal Electoral (SUP-JDC-9167/2011).

En un ejercicio de aplicación garantista del derecho, la Sala Superior interpretó los numerales 1 y 2 de la Constitución, el 1 del PIDCyp, 1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, así como el 5, 6 y 8, apartado 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, y 4, 5 y 20 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, para determinar que el derecho fundamental de los pueblos indígenas al autogobierno es una manifestación de libre determinación de los mismos, por lo que toda autoridad del Estado mexicano tiene la obligación de respetar, proteger, garantizar y promover tal derecho.

La Sala Superior consideró en la parte modular de la sentencia que las normas supranacionales y el ejercicio de los derechos fundamentales no requieren desarrollo en la legislación secundaria en razón de su fuerza normativa *per se*, que ante la ausencia de regulación legal del derecho de autodeterminación, las autoridades deben acudir a los criterios rectores de interpretación y aplicación en materia de derechos humanos, así como los principios y valores contenidos en la Constitución y los tratados internacionales, a fin de remover los obstáculos existentes y establecer las vías para garantizar su ejercicio en la práctica.

Con la sentencia de marras, el municipio de Cherán, previa consulta a toda la población sobre la aceptación de la medida, organiza sus comicios locales con el sistema normativo indígena.

La procedencia del recurso de reconsideración

La reforma constitucional de 2007 y legal de 2008 estableció que el recurso de reconsideración sería la vía para impugnar, además de las sentencias de fondo recaídas a los juicios de inconformidad, las sentencias de las Salas Regionales en las que se hubiera inaplicado una norma por ser contraria a la Constitución. Con el paso del tiempo, vía interpretación judicial, se ha ampliado la procedencia del medio de impugnación, entre otras cosas, porque la ley de medios no se ha actualizado con las reformas que permiten, de manera más clara, ejercer control de convencionalidad a los citados órganos jurisdiccionales.

En concreto, se ha interpretado que el recurso de reconsideración procede cuando las Salas Regionales inapliquen normas consuetudinarias de carácter electoral. Lo anterior, con fundamento en el multicitado Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.³⁴

La Sala Superior ha desarrollado una importante línea jurisprudencial en torno a la procedencia de recursos de reconsideración.

³⁴ Tesis RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. PROcede EN CONTRA DE LAS SENTENCIAS DE LAS SALAS REGIONALES CUANDO INAPLiquEN NORMAS CONSuetUDINARIAS DE CARÁCTER ELECTORAL. Ponente: Salvador Nava Gomar.

En un principio, haciendo procedente el recurso por la inaplicación implícita; después, por la declaración de inoperancia del agravio de constitucionalidad o el desecharimiento de la demanda.

Para el año 2012, la Sala Superior aprobó la tesis XXVI/2012, en la que consideró que los derechos humanos establecidos en la norma fundamental y en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano debían interpretarse de manera complementaria, otorgando la protección más amplia a las personas, lo que, en el ámbito de la Sala Superior y con el objeto de garantizar los derechos humanos, implicaba la procedencia de recursos de reconsideración cuando las salas regionales del Tribunal Electoral inaplicaran normas contrarias a la Constitución. Por lo que, sostuvo la Sala, el control de la convencionalidad, tratándose de derechos humanos, entraña el de constitucionalidad de la norma, por lo que es procedente la reconsideración. El recurso de reconsideración procede para controvertir sentencias de las salas regionales cuando ejerzan control de convencionalidad.

Los candidatos independientes

La Sala Superior del Tribunal Electoral, al resolver el expediente SUP-JDC-612/2012 y acumulados, el 24 de abril de 2012, mediante la ponencia del Magistrado Flavio Galván Rivera, así como el SUP-JDC-640/2012 y acumulado, del magistrado Manuel González Oropeza, estableció la línea argumentativa respecto a las candidaturas independientes que las demás Salas seguirían durante el proceso electoral.

El SUP-JDC-612/2012, en el que el actor fue, entre otros, Manuel Clouthier, hijo del líder empresarial y panista que fuera candidato a la Presidencia de la República en 1988, y que se tomara como ejemplo de la línea discursiva jurisdiccional, puede sintetizarse de la forma siguiente:

El 15 de marzo de 2012, Manuel Jesús Clouthier Carrillo, Héctor Montoya Fernández y Edmundo Sánchez Aguilar presentaron, ante el Consejo General del Instituto Federal Electoral, sendas solicitudes de registro como candidatos independientes a presidente de los

Estados Unidos Mexicanos. El veintidós siguiente hizo lo propio Alejandro Daniel Garza Montes de Oca.

El 29 de marzo de 2012, el Consejo General del Instituto Federal Electoral emitió el acuerdo CG191/2012, declarando improcedente el registro solicitado por los ciudadanos en cuestión, por no cumplir los requisitos previstos en la normativa electoral federal vigente, es decir, no haber sido postulados por un partido político. En contra de dicho acto, los ciudadanos promovieron JDC ante la Sala Superior.

La Sala Superior analizó los agravios hechos valer por los actores, dividiéndolos por temas, con la metodología y argumentos siguientes:

1) Control de constitucionalidad.

Los enjuiciantes solicitaron la no aplicación de preceptos de la Ley de Medios, porque adujeron que su aplicación sería violatoria de la garantía de acceso a la justicia, prevista en el artículo 17 de la Constitución. El agravio fue declarado inoperante en virtud de que su validez había sido declarada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los términos de la fracción II del artículo 105 de la Constitución.

Aunado a lo anterior, solicitaron la inconstitucionalidad del artículo 218, párrafo 1, del Cofipe, que establece el derecho exclusivo de los partidos políticos para postular candidatos a cargos de elección popular, lo que a su juicio era contrario al artículo 41 de la Constitución. También ese agravio fue declarado inoperante dado que la SCJN, al resolver las acciones de inconstitucionalidad 61/2008 y sus acumuladas, declaró constitucional el numeral en cuestión, como ya se ha mencionado. La Sala Superior reconoce que, si bien en el artículo 41 de la Constitución federal no se establece el derecho exclusivo para postular candidatos a puestos federales, —lo que sí ocurre, señala la Corte, en el ámbito local—, el mismo numeral destaca la participación ineludible de los partidos políticos como organizaciones de ciudadanos que son. Sigue señalando una serie de características de los institutos políticos, desde el

derecho a postular candidatos, integrar órganos electorales, normas del procedimiento de liquidación, para concluir que todo el diseño está estructurado en un sistema de partidos políticos que no prescribe las candidaturas, pero tampoco las establece.

Los actores señalaron que la aplicación del artículo 218, párrafo 1, del entonces vigente Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales implicaba la violación del párrafo segundo del artículo 1 de la Constitución federal, porque es contrario al principio *propersonae*, por operar en sentido opuesto al que éste tutela, es decir, al limitar en extremo el derecho humano reconocido en el artículo 35, fracción II, de la misma Constitución federal. Sobre el tema, la Sala Superior consideró que si bien la reforma del 10 de junio de 2011, tuvo como finalidad una modificación sustancial en materia de derechos humanos, ello no implica que haya cambiado el sistema electoral mexicano, sustentado en los partidos políticos, por lo que no era posible la postulación como candidatos independientes. En otro agravio, los actores adujeron la inconstitucionalidad del artículo 218, párrafo 1, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, por considerarlo contrario al derecho humano de los ciudadanos tutelado en el artículo 35, fracción II, de la Constitución federal y reconocido también en el artículo 23 de la CADH y 25 del PIDCYP, esto es, el derecho al voto activo. Al responder el agravio, la Sala Superior señaló que no se establece en la Convención Americana y tampoco en el Pacto Internacional citados, la modalidad específica o particular y requisitos conforme a los cuales deba ser ejercido ese derecho de ser votado. Lo anterior, tomando en consideración que ello no implica, necesariamente, adoptar la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, el reconocimiento irrestricto del derecho humano de las ciudadanas y ciudadanos mexicanos a ser registrados como candidatos independientes. Ello, porque el monopolio en la postulación de candidatos a cargos de elección popular, señaló la Sala Superior, no contraviene la normativa constitucional,

ni la normativa internacional transcrita, siendo necesaria su configuración legal por el legislador ordinario competente. En este sentido, el legislador secundario es quien determinará las modalidades para el ejercicio de ese derecho, si bien no puede ser arbitrario o caprichoso.

La Sala Superior consideró que la reflexión anterior era acorde con la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que había señalado que la Convención Americana “no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos”, sino que se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo con los principios de la democracia representativa.

2) Control de convencionalidad.

La Sala Superior señaló que en el caso Caso Castañeda Gutman, la Corte Interamericana, al realizar el análisis de convencionalidad del entonces artículo 175 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales de 1990, abrogado por el vigente hasta la reforma electoral 2014 (cuyo texto es idéntico al del 218, párrafo 1, del ordenamiento abrogado), y proceder a un examen de razonabilidad o proporcionalidad de la medida legislativa referida, estimó que tanto el sistema de nominación exclusiva por partidos políticos como el que permite las candidaturas independientes, en sí mismos, son compatibles con el derecho a ser votado consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana.

La Sala Superior señaló que se puede restringir el derecho a ser votado, siempre que el grado de proporcionalidad de la medida sea idónea, en este contexto, se debe destacar que los tratados internacionales de derechos humanos, no establecen la obligación de implementar un sistema político-electoral determinado, ni una modalidad específica, que los Estados

signantes deban prever para regular el ejercicio del derecho a ser votado en elecciones populares. Por ello, continúa la Sala Superior, el legislador mexicano consideró que debe procurar el fortalecimiento y preservación de un sistema plural de partidos políticos.

3) **Control de legalidad.**

En el tema específico de control de legalidad, los actores expusieron que la autoridad responsable tiene facultades implícitas para hacer efectivo el derecho a ser votado, las cuales debió de ejercer para reconocer ese derecho, sin importar que la norma secundaria no establezca las bases para lograr su efectividad.

La Sala Superior contestó al agravio señalando que los actores partían de la premisa errónea que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos existe el derecho político-electoral de ser votado, en su vertiente de candidato ciudadano, lo cual, como se ha expuesto con antelación, no es así.

4) **Voto particular que en términos del artículo 187, último párrafo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, formulan los Magistrados Constancio Carrasco Daza y Pedro Esteban Penagos López con relación a la ejecutoria relativa al expediente SUP-JDC-612/2012 y sus acumulados.**

Los magistrados Constancio Carrasco Daza y Pedro Esteban Penagos López formularon un interesante voto particular que, si bien confirma la determinación del Instituto Federal Electoral, lo hace con motivos distintos, relacionados con la reforma constitucional de 10 de junio de 2011.

Ambos magistrados consideraron que al legislador ordinario le está vedada toda posibilidad de implementar limitaciones a un derecho fundamental no previstas en el orden constitucional, puesto que ello quebrantaría el principio de reserva de ley, en perjuicio del ciudadano, además de traducirse en la vulneración de un derecho fundamental al impedir su plena realización, dejando de garantizarse un derecho reconocido en la Constitución. Para los magistrados, las restricciones permisibles, según el ordenamiento fundamental, sólo pueden

ser las que se consignen de manera expresa en el propio contenido de la disposición constitucional, sin que sea dable establecer restricciones de orden legal que rebasen el ámbito previsto constitucionalmente. Por ello, los actores sí tenían derecho a ser postulados como candidatos ciudadanos, sin embargo, existía un obstáculo en el orden jurídico que impedía hacerlo efectivo, como es el haber iniciado el proceso electoral.

Salas Regionales

Presunción de inocencia e insuficiencia probatoria (El ST-JDC-53/2011)

En este asunto la actora se inconformó con la privación del cargo de delegada municipal del PAN en Zinacantepec, estado de México, por supuestas irregularidades cometidas en su desempeño. Al respecto, la Sala Toluca, mediante el análisis del expediente, arribó a la conclusión de que la resolución impugnada carecía de la debida motivación, porque el órgano partidista responsable debió expresar las circunstancias de hecho y contar con medios demostrativos suficientes que evidenciaran las faltas e irregularidades imputadas a la enjuiciante.

Conforme a ello, la Sala Regional determinó que debía revocarse la resolución intrapartidista en la que se privaba del cargo a la actora conforme al principio de presunción de inocencia, el cual permite atribuir a toda persona sujeta a un procedimiento intrapartidario considerar que su actuación es acorde con la recta razón y en concordancia con los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un órgano jurisdiccional, o quién haga sus veces, no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legales, de su participación y responsabilidad en el hecho sancionable.

En este sentido, la presunción de inocencia debe analizarse a la luz de la CPEUM, como con los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte y conforme a la jurisprudencia nacional e internacional, como en el caso, la emitida por la Corte IDH, cuya jurisprudencia es obligatoria para todas las autoridades que el

derecho interno les otorgue tal carácter; como lo sostuvo en el caso Almonacid Arellano vs. Chile.

Así, en dicho fallo la Sala Toluca invocó y aplicó directamente los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, conforme a lo previsto en los artículos 1, 20, apartado A, fracciones V y VII, así como el apartado B en sus fracciones I y VI, y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales; 1, 2, 8, y 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5, párrafo 1 y 14, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (instrumentos que, se dijo, deben ser utilizados también por los partidos políticos en su potestad sancionadora interna); así como la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver los casos Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Suárez Rosero vs. Ecuador, Ricardo Canese vs. Paraguay; y Cantoral Benavides vs. Perú, en los que la citada Corte Interamericana señaló que en un sistema democrático es preciso extremar precauciones para que las sanciones se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. En este sentido, en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De esta manera, si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.

ST-JDC-463/2011 y ST-JRC-94/2011.

Control de constitucionalidad y convencionalidad

En el caso, dos candidatos y una coalición impugnaron la decisión del Consejo Electoral Municipal del IEM en Buenavista, que, al aplicar el artículo 197 del Código Electoral del estado de Michoacán les restringía el acceso a la tercera regiduría del ayuntamiento recién electo.

La Sala Regional consideró que el artículo 197 del Código Electoral del estado de Michoacán, —al establecer que cuando únicamente un partido o coalición tiene derecho a que se le asignen regidurías de representación proporcional le corresponderán tantas de éstas como veces su votación alcance a cubrir el 15% de la votación emitida—, vulnera la CPEUM, porque restringe de forma indebida el principio constitucional de pluralidad y fortaleza de las minorías que subyace en el principio de representación proporcional, ya que de manera artificial tiende a subrepresentar a la segunda fuerza electoral del municipio.

Lo anterior, porque no atiende al objetivo de que los votos se traduzcan en regidurías de forma proporcional, aproximada al porcentaje de la votación obtenida, dejando de considerar que porcentajes inferiores al predeterminado legalmente también representan un sector de la voluntad popular, que de otra manera no tiene forma de lograr la representación de sus intereses en los órganos del poder público. Esto, debido a que, al aplicar el citado numeral, se deja de considerar la votación “válida”, que se integra restando a la votación emitida, los votos nulos, los que correspondan a los candidatos no registrados, los obtenidos por los partidos que no alcanzaron el dos por ciento de la votación emitida, así como los del partido ganador en la elección, para determinar el cociente electoral y asignar con base en éste las regidurías conforme al artículo 196, fracción II del citado código comicial, para utilizar en su lugar un porcentaje de la votación “emitida”, la cual se refiere al total de votos que hayan sido depositados en las urnas del municipio, de tal manera que se amplía la base de asignación, encareciendo artificialmente el costo de cada regiduría, por lo que debe inaplicarse en los casos concretos.

Además, la Sala consideró que el citado artículo contraviene el artículo 23, párrafo 2, de la CADH, que establece como posibles restricciones al derecho a ser votado la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental y condena, por juez competente, en proceso penal. Lo anterior, dado que restringe el derecho a ser votado por el establecimiento a nivel legal de un mínimo de porcentaje desproporcionado de votación que no guarda

relación con el número de votos obtenido, ni atiende a las calidades personales de quienes podrían acceder al ejercicio de un cargo público. Por lo que, en atención al control de convencionalidad, dicha disposición no debe aplicarse.

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

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

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

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

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

etapa es la proliferación de sentencias fundadas en disposiciones convencionales.

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

¿EXISTE UN BLOQUE DE CONVENCIONALIDAD?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¿QUÉ NORMAS INTERNACIONALES SON VINCULANTES?

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

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

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

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

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

¿QUIÉNES DEBEN EJERCER CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

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

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

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

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

³⁹ OC-10/89, parágrafo 37.

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

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

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

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

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

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

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

EL CARÁCTER *EX OFFICIO*

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

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

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

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

BLOQUE DE REGULARIDAD. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SEGUNDO PROBLEMA DE LA IDEA DE BLOQUE DE REGULARIDAD

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La mayoría sostuvo:⁴¹

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¿CÓMO EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

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

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

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

INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD SOBREVENIDA (OROZCO SOLANO, 2012)

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

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

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

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

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

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

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

EL PROBLEMA DE LA JURISPRUDENCIA CONGELADA

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

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

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

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

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

ADENDA

Por: Santiago Nieto Castillo

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

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

CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

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

El ponente presentó como proyecto de tesis la siguiente: DE-RECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En dos decisiones divididas, los ministros consideraron:

- 1) Por diez a uno,⁴³ que los DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.
- 2) Por seis a cinco, se modificó el criterio original (LA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA). Mismo que fue sustituido por el de JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 21/2011

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

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

§ Énfasis añadido.

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁴ Véase párrafo 71.

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

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

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

PROBLEMAS DERIVADOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

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

⁴⁵ Véase párrafo 72.

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

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

Alcance del control de convencionalidad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Introducción a la problemática

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

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

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

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

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

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

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

Expediente 106/2011.

Tribunal Superior de Justicia de Querétaro

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

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

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

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

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

Recurso de Apelación 878/2012.

Supremo Tribunal de Justicia de San Luis Potosí

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ Énfasis añadido.

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

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

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

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

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

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

Modelo SRM (Vigo-Vázquez-Cerdio).
Premisa normativa

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

Modelo SRM (Vigo-Vázquez-Cerdio).
Premisa fáctica

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

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

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

Propuesta de matriz

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

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

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

Me parece que valdrá la pena hacerlo.

FUENTES CONSULTADAS

- Amparo 355/67. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. EXAMEN DE LA IMPROCEDENTE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN. *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, Volumen 42, 37. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo 410/09. PROCEDIMIENTO PENAL.SU REPOSICIÓN, CASO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo VII, enero de 1991, página 363, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis I.2o.P.213 P. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Bazán, Víctor. 2012. Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad. En *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México: FUNDAP.
- Caballero, José Antonio. 2012. 1999. *La transición del absolutismo al Estado de Derecho. Transiciones y diseños institucionales*. México: UNAM.
- Caballero Ochoa, José Luis. 2010. La incidencia constitucional de los tratados sobre derechos humanos en México. En *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México: FUNDAP.
- Caballero, Ochoa, José Luis. 2008. *Los derechos políticos a medio camino*, Eduardo Hernández Sánchez y Sergio Arturo Guerrero Olvera, nota introductoria. México: TEPJF.
- Carpizo, Jorge. 1993. *El presidencialismo mexicano*. México: Siglo XXI.
- Castilla, Karlos. 2012. El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. En *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México: FUNDAP.
- Cerdio, Jorge, Vazquez, Rodolfo y Vigo, Rodolfo. 2009 y 2011. Estructura argumental de las sentencias, Red Nacional de Argumentos

- tación Jurídica, TEPJF. Una primera edición se desarrolló con la red nacional de argumentación jurídica en la Sala Regional Toluca entre 2009 y 2011. El segundo, mas acabado, en la Sala Regional Monterrey de 2014 a la fecha.
- Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2004. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 7 de septiembre.
- . 2006a. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. 26 de septiembre, parágrafo 124.
- . 2006b. Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú. 24 de noviembre, parágrafo 3 y 128.
- . 2010. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre, parágrafo 225.
- . 2011. Caso Gelman vs. Uruguay. 24 de febrero, parágrafo 239.
- Cossío Díaz, José Ramón. 2002. *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia. Doctrina jurídica contemporánea*. México: Fontamara.
- Ferrajoli, Luigi. 1999. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2012. *El control difuso de convenciónidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. México: FUNDAP.
- y Fernando Silva García. 2011. *Jurisdicción militar y derechos humanos*. México: Porrúa.
- Fix-Fierro, Héctor y Sergio López Ayllón. 2002. Cambio jurídico y autonomía del derecho. Un modelo de la transición jurídica en México. En *Estado de Derecho y transición*. México: UNAM.
- García Ramírez, Sergio y Mauricio del Toro Huerta. 2012. *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*. México: Porrúa/UNAM.
- Hitters Juan Carlos y Oscar L. Fappiano. 2007. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. T. I, vol. I, 2^a ed. Buenos Aires: Ediar.
- Jurisprudencia 13/2008. CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIÓN DE NORMAS GENERALES. NO LA AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE

- LA CONSTITUCIÓN. Seminario Judicial de la Federación, Nove-
na época (agosto, 1999). Tribunal Electoral del Poder Judicial
de la Federación.
- Martínez Báez, Antonio. 1994. *El indebido monopolio del Poder Judi-
cial de la Federación para conocer de la inconstitucionalidad de
las leyes, obras político-constitucionales*. México: UNAM.
- Nieto Castillo, Santiago. 2014. Margen de interpretación de los tri-
bunales electorales en *Estándares internacionales de justicia
electoral*, coords. Gerardo de Icaza, y Aide Macedo. México: TEDF.
- Nieto Castillo, Santiago y Espíndola Morales, Luis. 2012. *El juicio para
la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano.
Competencia de Sala Regional*. México: Porrúa.
- Orozco Henríquez, José de Jesús. 2006. *Justicia electoral y garantis-
mo jurídico*. México: Porrúa.
- Orozco Solano, Víctor. 2012. *La fuerza normativa de la Constitución
frente a las normas preconstitucionales*. México: CEAD-UBIJUS.
- Revisión fiscal 443/57. OPOSICIÓN EN LAS CONSTITUCIÓN Y LEYES
SECUNDARIAS. Oposición en las Constitución y leyes secun-
darias.
- Ríos Vega, Luis Efrén. 2010. *El derecho a la rehabilitación de los dere-
chos políticos*. Gerardo de Icaza Hernández, nota introducto-
ria. México: TEPJF.
- Sagüés, Néstor Pedro. 2006. *La interpretación judicial de la Constitu-
ción*. 2^a ed. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Sartori, Giovanni. 2002. *Partidos y sistemas de partidos*. 2^a reimp.
Madrid: Alianza Editorial.
- Sentencia SUP-JDC-20/2007. Ponente: Salvador Nava Gomar. Se-
cretario: Gerardo de Icaza Hernández.
- SUP-JDC-28/2010, de la Magistrada María del Carmen Alanis
Figueroa, se reconoció la designación de María Teresa Gonzá-
lez Saavedra como Presidenta del Tribunal Electoral de Sonora.
- SUP-JDC-85/2007. Ponente: María del Carmen Alanis Figue-
roa. Secretario: Jorge Sánchez Cordero Grossmann.
- SUP-JDC-461/2009. Ponente: Salvador Nava Gomar. Proyectis-
tas: Karla María Macías Lovera y Carlos Alberto Ferrer Silva.

- SUP-JDC-695/2007 de la ponencia del Magistrado Pedro Esteban Penagos. Los secretarios y secretaria de estudio y cuenta que proyectaron el asunto fueron Claudia Pastor Badilla (magistrada electoral regional 2008-2013), Sergio Arturo Guerrero Olvera, Andrés Vásquez Murillo y Eduardo Hernández Sánchez (Juez de Distrito en Materia Civil de 2011 a la fecha). Sala Superior. 06 de julio de 2007.
- SUP-JDC-9167/2011. Ponencia del Magistrado José Alejandro Luna Ramos. El proyectista fue Fernando Ramírez Barrios.
- SUP-RAP-254/2008. Sentencia de la ponencia del magistrado Constancio Carrasco Daza, proyectada por el secretario Fidel Quiñones Rodríguez.
- SX-JIN-14/2009. Ponente: Claudia Pastor Badilla.
- Tena Ramírez, Felipe. 1997. *Derecho constitucional mexicano*. 31^a ed. México: Porrúa.
- TEPJF. 2012. *Compilación 1997-2012, Jurisprudencia y tesis en materia electoral*, V. 1. Jurisprudencia, México: TEPJF.
- Tesis aislada S.J.F.;IV; 878. IMPERIO DE LA CONSTITUCIÓN. Quinta época, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Tesis T. XLI, 645-6. CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Vigo, Rodolfo L. 2009. *Reflexiones iusfilosóficas de una decisión judicial. Suplemento de la queja total en los juicios electorales*. José Eduardo Vargas Aguilar, nota introductoria. México: TEPJF.
- Woldenberg, José, Pedro Salazar y Ricardo Becerra. 2000. *La mecánica del cambio político en México*. México: Cal y Arena.
- Zagrebelsky, Gustavo. 1992. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

*Control de convencionalidad y la reforma constitucional
en materia de derechos humanos* es el número 30
de la Serie Cuadernos de Divulgación
de la Justicia Electoral. Se terminó de imprimir en
diciembre de 2014 en Impresora y Encuadernadora Progreso,
S.A. de C.V. (IEPSA), calzada San Lorenzo núm. 244,
colonia Paraje San Juan, CP 09830, México, DF.

El cuidado de esta edición estuvo a cargo de IEPSA.

Su tiraje fue de 2,500 ejemplares.