

Algunas consideraciones sobre el ejercicio del control difuso¹

Some considerations on the exercise of diffuse constitutional review

Rubén Enrique Becerra Rojasvértiz (México)*

Fecha de recepción: 11 de mayo de 2012

Fecha de aceptación: 29 de junio de 2012

RESUMEN

La promoción y defensa de los derechos humanos requiere una continua labor de diálogo que fortalezca el trabajo fundamental que, como juzgadores, estamos comprometidos a realizar en el marco de la promoción, respeto y garantía judicial de los derechos humanos. Sin embargo, la aplicación en casos concretos de dicha potestad jurisdiccional ha generado perplejidades en la comunidad jurídica mexicana. El presente trabajo tiene por objetivo recoger e incorporar a la discusión algunos conceptos, distinciones, elementos, criterios y precisiones útiles que puedan arrojar en su conjunto mayor luz sobre el tema del control difuso y que permitan a los juzgadores afianzar el camino al momento de plantearnos, en el ámbito de nuestras respectivas competencias, la posible inaplicación de una disposición en un caso concreto. Por ello se

¹ El presente trabajo tiene su origen en una serie de conferencias que impartí durante las “Jornadas itinerantes sobre el impacto de las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos”, organizadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación los días 23 y 24 de marzo de 2011.

* Magistrado presidente de la Sala Regional Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. ruben.becerra@te.gob.mx.

intentará responder a una serie de cuestiones que, a mi parecer, reflejan algunos puntos clave que han suscitado gran controversia.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, control de convencionalidad, control difuso, bloque de constitucionalidad.

ABSTRACT

The promotion and defense of human rights require a continuous dialogue that reinforces the essential task which we are compelled to carry out as judges, within an outlined framework that includes the promotion, respect and judicial guarantee of the human rights. However, the application in specific cases of this judicial power has created some perplexities in the Mexican legal community. This paper aims to collect and incorporate to the discussion some concepts, distinctions, elements, criteria and useful details that might shed more light on the subject of diffuse control and allow us —the judges— to strengthen the path when the moment to elucidate —within the scope of our powers— the possible non-application of a provision to a case. So we will try to answer a number of issues that we believe reflect some key points that have caused much controversy.

KEYWORDS: human rights, conventionality control, diffuse constitutional review, constitutional block.

Las nuevas modificaciones constitucionales en materia de derechos humanos y amparo, así como la reciente decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que ha hecho del control difuso de constitucionalidad-convencionalidad una obligación para todos los jueces —sean federales o del fuero común—, han transformado sustancialmente la fisonomía del sistema de control judicial de constitucionalidad, y también el grado de exigencias que se requieren por parte de los operadores jurídicos para su correcta aplicación.

Fue precisamente con motivo de la ejecución de la sentencia en el caso *Rosendo Radilla vs. México*, pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH 2009), la que llevó al Tribunal constitucional a pronunciarse respecto de las obligaciones del Estado mexicano, en particular del Poder Judicial, en relación con los tratados y documentos internacionales que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La promoción y defensa de los derechos humanos, en estricto apego a la convención americana, así como también a lo establecido por la Corte IDH, requiere una continua labor de diálogo que fortalezca el trabajo fundamental que, como juzgadores, estamos comprometidos a realizar en el marco de la promoción, respeto y garantía judicial de estos derechos a la luz del sistema interamericano y otros documentos internacionales que conforman el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. Sin embargo, la aplicación en casos concretos de dicha potestad jurisdiccional ha generado algunas confusiones en la comunidad jurídica mexicana, provocando, incluso, algunas divergencias de opinión dentro del más alto Tribunal.

El presente trabajo tiene por objetivo recoger e incorporar en la discusión algunos conceptos, distinciones, elementos, criterios y precisiones útiles que en su conjunto puedan arrojar mayor luz sobre el tema del control difuso, y nos permitan a los juzgadores afianzar el camino al momento de plantearnos, en el ámbito de nuestras respectivas competencias, la

posible inaplicación de una disposición en un caso concreto. Por ello, se buscará responder a una serie de cuestiones que, a mi parecer, reflejan algunos puntos clave que han suscitado gran controversia: ¿cuál es el fundamento del control difuso de constitucionalidad-convencionalidad? ¿Qué derechos integran el nuevo bloque de constitucionalidad? Incorporados los tratados de derechos humanos al sistema jurídico mexicano, ¿cuál es ahora su jerarquía? ¿Qué pasa en caso de haber una antinomia entre la Constitución federal y los tratados? ¿Qué criterios de interpretación serán forzosos para los jueces mexicanos? ¿Qué es la interpretación conforme? ¿Qué establecen los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad? ¿Cuáles son los pasos a seguir en el ejercicio del control difuso?

¿Cuál es el fundamento del control difuso de constitucionalidad-convencionalidad?

El carácter obligatorio del bloque de constitucionalidad y el control difuso a cargo de todos los jueces mexicanos o autoridades que ejerzan facultades jurisdiccionales en procedimientos seguidos en forma de juicio, tienen como fundamento:

- a) Las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en materia de derechos humanos que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 10 de junio de 2011.²

² En ellas se modifica la denominación del capítulo primero del título primero; el primer y quinto párrafos del artículo 1; el segundo párrafo del artículo 3; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18; el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del artículo 33; la fracción décima del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102; y el inciso g de la fracción segunda del artículo 105; se adicionaron dos nuevos párrafos, el segundo y tercero, al artículo 1 y se recorrió el orden de los actuales; un nuevo párrafo segundo al artículo 11, y los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el orden del actual; y los nuevos párrafos quinto, octavo y decimoprimeros del artículo 102 del Apartado B, lo que recorrió el orden de los actuales.

- b) Las sentencias pronunciadas por la Corte IDH en contra del Estado mexicano: caso Rosendo Radilla Pacheco, caso Fernández Ortega, caso Rosendo Cantú y caso Cabrera García y Montiel.³
- c) Las tesis aisladas publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* de diciembre de 2011.⁴

*¿Qué derechos integran el nuevo
bloque de constitucionalidad?*

- Los derechos humanos que están reconocidos y garantizados por la Carta Magna.
- Todos aquellos derechos humanos que estén establecidos en los tratados internacionales firmados por México.

Hay que entender por “tratado internacional”, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

Todo acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Por lo anterior, resulta que son virtualmente aplicables en nuestro país todos los protocolos, convenciones, cartas y demás documentos internacionales firmados por México, y cuyo número asciende aproximadamente a 168.

³ Véase Corte IDH 2009, 2010a, 2010b y 2010c. En este último asunto se precisa que la obligación de respetar los derechos humanos recae no sólo en los “jueces”, sino en general en todos los “órganos vinculados a la administración de justicia” de “todos los niveles” (sean locales o federales).

⁴ Véanse las tesis P. I/2011, P. LXV/2011, P. LXVI/2011, P. LXVII/2011, LXVIII/2011, LXIX/2011, LXX/2011 y LXXI/2011.

Los documentos jurídicos en cuestión abarcan tratados de carácter general; sobre el derecho de asilo; tratados y documentos de derecho internacional humanitario; de desaparición forzada; sobre personas con discapacidad; discriminación racial; educación y cultura; esclavitud; genocidio; medio ambiente; derechos de los menores; migración y nacionalidad; minorías y pueblos indígenas; derechos de las mujeres; tratados de derecho penal internacional; de propiedad intelectual; de estatuto de los refugiados; derecho a la salud; tortura; trabajo.⁵

Estos instrumentos incorporan alrededor de 4,270 dispositivos de carácter internacional sobre derechos humanos o relativos a sus mecanismos de garantía, normas de interpretación, definiciones, etcétera, y como tales constituyen referentes normativos obligatorios para todas las autoridades del país.

Incorporados los tratados de derechos humanos al sistema jurídico mexicano, ¿cuál es ahora su jerarquía?

Ha sido muy debatido el tema de la jerarquía de los tratados internacionales a lo largo de las últimas décadas. La SCJN lo ha discutido a fondo durante largos años y el debate ha surgido nuevamente en el seno

⁵ Los documentos que conforman el sistema interamericano son los siguientes: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Carta Democrática Interamericana; Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará); Convención Interamericana contra la Corrupción; Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión; Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer; Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias; Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores; Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores; Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores; Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando estos tengan Trascendencia Internacional.

del más alto Tribunal, y las opiniones entre sus miembros parecen no ser unánimes.⁶

No obstante, y en virtud de una interpretación sistemática de los artículos constitucionales 1 y 133, se puede establecer el siguiente orden de prelación en el sistema normativo mexicano:

1. En la cúspide del sistema se encuentran los derechos reconocidos por la CPEUM y por tratados internacionales sobre derechos humanos, los cuales, en su conjunto, conforman el llamado *bloque de constitucionalidad*.
2. Tratados internacionales que regulan materias diversas a los derechos humanos (Tratado de Libre Comercio de América del Norte, por ejemplo).
3. Las demás leyes generales y abstractas (leyes orgánicas y reglamentarias de la CPEUM, leyes federales y estatales).⁷

¿Qué pasa en caso de haber una antinomia entre la Constitución federal y los tratados?

El segundo párrafo del artículo 1 de la CPEUM dispone:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (DOF 2011).

Lo anterior quiere decir que en caso de antinomia entre la Constitución federal y los tratados, debe aplicarse la norma que más favorezca a las personas, cualquiera que sea su fuente. Ello no implica violentar el principio

⁶ Véase la versión taquigráfica de la sesión pública del 13 de marzo de 2012 (SCJN 2012).

⁷ Véanse las tesis P. LXXVII/99, P. VIII/2010, P. IX/2010 y las tesis aisladas P. IX/2007 y P. XVII/1988.

de supremacía constitucional, ya que los problemas interpretativos sobre los derechos humanos se solucionan atendiendo a criterios de coherencia, esto es, en función de razonamientos sustantivos y no en virtud de parámetros jerárquicos o meramente formales. Esto significa que una norma de derechos humanos consagrada, por ejemplo, en una Constitución local podría eventualmente ser aplicada por encima de un tratado internacional si es que otorga mayor cobertura al derecho humano en cuestión.

De hecho, la propia Corte IDH en la opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 estableció que: “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable”.

¿Qué criterios de interpretación serán forzosos para los jueces mexicanos?

De conformidad con la tesis P. LXVI/2011 del Pleno de la SCJN, son “vinculantes en sus términos” las *sentencias* emitidas por la Corte IDH cuando México sea parte. Por su parte, la tesis P. LXVI/2011 del Pleno establece que los criterios jurisprudenciales emitidos por la SCJN, cuando el país no sea parte, son *orientadores* para los jueces mexicanos siempre que tales sean más favorables a la persona.

A este respecto hay que advertir respetuosamente que el carácter vinculatorio de las sentencias de la Corte IDH se deriva, en primer término, de la aceptación de su competencia contenciosa por el Estado mexicano. En este sentido es obvio que las sentencias en las que el *Estado* sea parte son obligatorias para *todos* los Poderes de la Unión exista o no tesis jurisprudencial de por medio. En este sentido, la “vinculatoriedad” se debe a que de incumplirse un mandato de la Corte IDH por cualquiera de los Poderes de la Unión, la responsabilidad será del Estado en su conjunto.

En este sentido de vinculatoriedad es natural que no sean “obligatorias” las sentencias pronunciadas por la Corte IDH en las que México no es parte; sin embargo, hay que recordar que la corte es el máximo interés

prete de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sus pronunciamientos y criterios vertidos en casos contenciosos y opiniones consultivas constituyen un precedente para la corte misma, y si bien es cierto que los jueces federales y locales no son, conforme al sistema mexicano, responsables administrativamente por no aplicar un criterio de dicho Órgano Jurisdiccional, sí harán incurrir en responsabilidad al Estado mexicano por no acatar los criterios que la propia corte ha emitido en casos contenciosos o consultivos.

En el fondo, y desde el punto de vista argumentativo, el problema que se presenta no es tanto de vinculatoriedad y responsabilidad, sino de justificación de las decisiones judiciales: nuestras sentencias se van a ver reforzadas argumentativamente al recoger esos criterios internacionales pronunciados por la Corte IDH. En este sentido, se puede decir que es forzoso apelar a los criterios de la corte, pronunciados en sentencias que no han sido dictadas contra México, incluso en casos ya no contenciosos sino consultivos, porque de esa manera nuestros criterios estarán bien sustentados. Esta labor tendrá como consecuencia ir conformando poco a poco el derecho nacional acorde con la normativa internacional, que es lo que se pretende precisamente con la constitucionalización de la *interpretación conforme*.

¿Qué es la interpretación conforme?

Al igual que otros países, México incorpora la llamada “interpretación conforme”. Para entenderlo más a fondo, hay que ver algunos ejemplos de su constitucionalización en el derecho internacional.

- a) España: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce *se interpretarán de conformidad* con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (CE, artículo 10.2, 1978).

- b) Bolivia: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se *interpretarán de conformidad* con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia” (CPEB, artículo 13, IV, 2009).
- c) Colombia: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se *interpretarán de conformidad* con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (CPC, artículo 98, 1991).
- d) Perú: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se *interpretan de conformidad* con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (CPP, Disposición Final y Transitoria Cuarta, noviembre de 2004).

En la doctrina se habla de interpretación conforme para hacer referencia a una técnica consistente en hacer coherente el derecho nacional con la normativa internacional. Se trata de “armonizar” el derecho doméstico con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales (Ferrer 2011, 535).

Lo importante que establece la cláusula de interpretación conforme es que los jueces deben armonizar hermenéuticamente el derecho interno con lo establecido por la CPEUM y por el derecho internacional de los derechos humanos considerados en su conjunto. En otras palabras, el principio de interpretación conforme permite establecer una relación armónica

y coherente del derecho interno frente a los derechos de fuente constitucional e internacional. Sólo en caso de que esa armonización sea imposible, se podrá decir que se presenta una incompatibilidad *absoluta* entre la norma en cuestión y los derechos humanos (considerados como una unidad, es decir, como “bloque”).

Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) hace referencia a ese deber por parte de los estados firmantes en su artículo 2:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Acerca de lo anterior, la SCJN ha señalado que la interpretación conforme (en sentido estricto) establece que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella en la que la ley concuerde con los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales.⁸ Esto es importante porque quiere decir que el juez debe *evidenciar que la presunción de constitucionalidad se destruye* para el caso concreto. Una vez dado ese paso se abre la posibilidad al juzgador para inaplicar la norma en el caso concreto (en control difuso) o declarar su inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* (en control concentrado).

⁸ Así lo determinó la SCJN por mayoría de siete votos de los ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Ortiz Mayagoitia y el presidente Silva Meza, al resolver la ejecución de la sentencia de la Corte IDH (Expediente Varios 489/2010).

Antes de abordar algunos problemas prácticos de la inaplicación de leyes y sus problemas, hay que examinar el tercer párrafo del artículo 1 constitucional.

¿Qué establecen los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad?

Los derechos humanos poseen ciertas características que los diferencian de otros derechos, como los patrimoniales, por ejemplo. En la doctrina y en el derecho internacional de estos derechos abundan diversas caracterizaciones de los mismos, y la Constitución federal ha incorporado algunos de esos conceptos con el objeto de guiar su interpretación en casos concretos.

En efecto, el artículo 1, párrafo tercero, de la CPEUM establece que:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993,⁹ se señaló que estos derechos son:

universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso (CMDH 1993, parte I, párrafo 5).

Se afirmó, entonces, que los derechos son:

⁹ Realizada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993, en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

- Universales. Se reconocen a todas las personas sin ningún tipo de condición o diferencia cultural, social, económica o política como excusa para su desconocimiento o aplicación parcial.
- Inalienables. Por ser irrenunciables y pertenecer en forma indisoluble a la esencia misma del ser humano; por tanto, no pueden ni deben separarse de la persona y, en tal virtud, no pueden transmitirse ni se renuncia a ellos.
- Indivisibles. Porque forman un conjunto inseparable de derechos. Todos deben ser ejercidos en su contenido esencial al tener igual grado de importancia.
- Interdependientes. La vigencia en el goce de un derecho es precondición para la plena realización de los otros.

Hay que explicar uno a uno los principios recogidos en la Constitución, a saber: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (Vásquez y Serrano 2011, 137-64).

1. El principio de universalidad se refiere al reconocimiento de que toda persona, por el hecho de serlo, es portadora de atributos autónomos que deben ser considerados y protegidos por el Estado. Los derechos son inherentes al ser humano y no requieren de alguna cualidad adicional para adquirirlos. Lo que refleja ese principio es que el Estado no “otorga” los derechos, sino que los reconoce.
El principio de universalidad refleja, además, la idea de que su exigibilidad no depende de una consagración legislativa, ya que históricamente se presentan como atributos que se han hecho valer contra leyes opresivas que los desconocían o menoscababan.
2. Por su parte, los principios de *interdependencia e indivisibilidad* expresan en conjunto la idea de un “bloque”.

La Asamblea General de las Naciones Unidas institucionalizó el uso en el derecho internacional de los derechos humanos de los principios de interdependencia e indivisibilidad (Resolución 32/130).

De lo anterior se desprenden tres propiedades: la necesaria relación entre los derechos, la defensa de su unidad y la idea central de rechazar cualquier lógica de jerarquización entre los mismos.

3. La interdependencia, por su parte, señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de éstos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de un conjunto de ellos. Por ejemplo, el derecho a la salud tiene aparejadas claras relaciones con el derecho a la alimentación y a la vivienda digna, así como al trabajo en condiciones adecuadas.

De este modo pueden extraerse un par de propiedades: un derecho depende de otro(s) derecho(s) para existir; y dos derechos son mutuamente dependientes para su realización, como la libertad de expresión y la libertad de creencias, por ejemplo. Por tanto, el respeto, garantía, protección y promoción de uno de los derechos impactará en el otro u otros, y viceversa.

4. El principio de indivisibilidad, por su parte, implica una visión holística de los derechos humanos, en la que todos ellos se encuentran unidos, ya no por razones de dependencia, sino porque de una forma u otra ellos forman una sola construcción. Por tanto, si se realiza o se viola un derecho, impactará en los otros, más allá de si existe o no una relación de dependencia inmediata entre ellos. La idea central es que la concreción de los derechos sólo puede alcanzarse mediante la realización conjunta de todos ellos.
5. De acuerdo con el principio de progresividad, siempre es posible extender el manto protector de los derechos humanos. Estos derechos reconocidos en tratados y demás documentos internacio-

nales, así como los establecidos en normas de derecho nacional, constituyen una base mínima que todo Estado debe respetar. Desde ese punto de partida, los estados deben tomar las medidas necesarias para ampliar su protección progresivamente y orientarlas hacia el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Desde este punto de vista, la “lista” de derechos humanos contenidos en la Constitución o en los demás tratados internacionales no excluye la protección de otros derechos inherentes a las personas, por ser respetuosos con su dignidad. De ahí que todo catálogo positivo de derechos humanos esté siempre sujeto a ampliación pero no a reducción o limitación, en virtud del principio de progresividad.

Lo anterior tiene sustento en lo establecido en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

...

- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

Ello significa nada más y nada menos que la inclusión en la Constitución de todo derecho inherente al hombre, no necesariamente positivizado en la propia carta fundamental o en los tratados internacionales firmados por México. Por otro lado, implica la presencia de un conjunto de *cláusulas intangibles* que vendrían a establecer límites materiales incluso al poder reformador de la Constitución. Como se puede ver, se trata a fin de cuentas de establecer un orden *supraconstitucional* en relación con el respeto y la promoción de los derechos humanos.

¿Cuáles son los pasos a seguir en el ejercicio del control difuso?

Hay que advertir a nuestros juzgadores que ejercerán el control de constitucionalidad-convencionalidad difuso, que toda norma jurídica goza de una presunción de validez, llamada también por la doctrina presunción de constitucionalidad (*in dubio pro legislatore*). El peso de dicha presunción es muy importante en un caso concreto, ya que ello determinará si existen razones para inaplicar una norma jurídica. En palabras de Víctor Ferreres (1997, 141):

la presunción de constitucionalidad impone a quien sostiene que el texto de una ley es inconstitucional la carga de argumentar convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma que ese texto expresa y el sistema de normas que el texto constitucional expresa.

Después de un examen de constitucionalidad, si el juez determina que la norma es desproporcionada, es decir que vulnera un derecho tras sujetarla precisamente al examen de razonabilidad, entonces procede inaplicarla para el caso concreto.

Lo anterior es coherente con la tesis aislada P. LXIX/2011, que establece los pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos:

1er paso. El juez debe interpretar el orden jurídico conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo momento a las personas con la protección más amplia.

2do paso. El juez debe efectuar una interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando haya varias interpre-

taciones jurídicamente válidas, los jueces deben preferir, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, aquella que hace que la ley concuerde con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que forma parte el Estado, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

3er paso. Hecho lo anterior procede la inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

Es necesario subrayar que el establecimiento de un bloque fuerte de constitucionalidad, en el que se incluyen tratados internacionales y criterios jurisdiccionales de órganos como la Corte IDH, impone modificar significativamente nuestros criterios interpretativos.

Lo anterior significa que el examen de una norma llevado a cabo por el juez en ejercicio del control difuso de convencionalidad ya no debe limitarse al aspecto meramente formal o adjetivo, sino que es ineludible un *control constitucional de razonabilidad*, que versa sobre el contenido mismo de las normas, es decir, sobre la sustancia y no la forma.

En este sentido, la Corte IDH ha aplicado en sus sentencias el principio de razonabilidad o proporcionalidad, afirmando su carácter “indispensable” en una sociedad democrática. En el caso Canese (Corte IDH 2004), cuya trascendencia e impacto se ha reflejado en sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), se estableció que las afectaciones a un derecho fundamental son lícitas únicamente cuando:

- a) Se orienten a satisfacer un interés público imperativo.
- b) Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido.
- c) Lo anterior implica que no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno.
- d) Para que las restricciones sean compatibles con la Convención Americana, deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho garantizado y no lo limiten más de lo estrictamente necesario.

Este tipo de examen tiene por objetivo analizar el apego de una ley al bloque de constitucionalidad de derechos humanos y no debe pasar desapercibido para los jueces mexicanos, ya que su aplicación es forzosa en el ejercicio del control difuso.

El criterio de razonabilidad, denominado por la doctrina como *test* de proporcionalidad, tuvo un desarrollo notable a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán que lo ha venido aplicando desde la década de 1950 del siglo pasado. A partir de ahí ha tenido un claro desarrollo doctrinal, siendo uno de sus principales expositores el constitucionalista alemán Robert Alexy.

El *test* de proporcionalidad tiene por objeto establecer la racionalidad de los actos del poder público que interfieren con la esfera de los derechos fundamentales (Bernal 2003). Parte de la premisa de que a la autoridad no le está prohibido establecer ciertas restricciones en el ejercicio de los derechos humanos, siempre y cuando sean proporcionales en sentido lato.

La doctrina y la propia práctica del Tribunal Constitucional Alemán establecen que el principio de proporcionalidad está integrado por tres subprincipios:

- Principio de idoneidad (o fin legítimo).
- Principio de necesidad.
- Principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Entonces, para el examen de constitucionalidad de una ley en el ejercicio del control difuso, y con el objeto de establecer si dicha disposición transgrede el bloque de constitucionalidad, los jueces debemos prestar atención a estos tres criterios que integran el principio de razonabilidad o proporcionalidad y aplicarlos al caso concreto. Se examinará cada uno de ellos.

El principio de idoneidad establece que toda intervención en los derechos fundamentales debe contribuir a la obtención de un fin legítimo a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos. Ese fin puede ser la satisfacción de otro derecho, la persecución de un objetivo colectivo, etcétera.

El principio de necesidad establece que aquella restricción impuesta por un acto de autoridad, y que sea considerada idónea para alcanzar el fin propuesto, debe ser, además, la más favorable al derecho humano en cuestión, entre otras alternativas posibles. Es decir, que la medida debe ser la más benigna con el derecho restringido.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto establece que las ventajas que se obtienen mediante la intervención de un derecho deben compensar los sacrificios; es decir, la afectación en un derecho debe compensarse con una mayor satisfacción de otro.

El test de razonabilidad establece las exigencias a reunir en toda intervención a los derechos fundamentales a cargo de una autoridad. Se trata entonces de requisitos que, de satisfacerlos plenamente una ley, la harían inmune al ejercicio del control constitucional. Por el contrario, si cierta intervención o restricción de un derecho no satisface las exigencias de estos requisitos, entonces vulnera el derecho en cuestión. En este sentido, si el juez de control difuso demuestra la falta de proporcionalidad (en sentido lato) de una medida, está obligado a inaplicar el dispositivo legal en

cuestión. Cabe añadir que los tres subprincipios deben reunirse necesariamente y son dependientes entre sí, por lo que debe mostrarse la afectación a los tres en su conjunto.

El principio de proporcionalidad es aplicado desde hace décadas por el Tribunal Constitucional Alemán, y más recientemente por altas cortes constitucionales de América Latina. Para aplicarlo, el juzgador debe hacerse estas tres preguntas fundamentales: ¿el acto o ley en cuestión persigue un fin constitucionalmente legítimo? ¿Esa medida es adecuada para alcanzar el fin o existen otras igualmente idóneas o, incluso, más benignas? ¿Las ventajas obtenidas respecto al fin legítimo compensan el sacrificio impuesto a los titulares de los derechos restringidos?

Una sentencia carente de un examen como al anterior u otros similares no sólo será deficiente, sino también carecerá de justificación. Ello significa que las resoluciones mediante las cuales se haga evidente la contradicción entre una disposición y los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad deben exponer clara y suficientemente las razones que respaldan el ejercicio de control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

Como jueces debemos realizar un esfuerzo argumentativo importante para esclarecer en qué casos existe, sin lugar a dudas, una violación patente a los derechos fundamentales. Debemos *justificar argumentativamente* la existencia de una transgresión al bloque de constitucionalidad, ya que de ello depende la legitimidad democrática de la función judicial y, a fin de cuentas, el correcto funcionamiento de nuestras instituciones, que imponen la obligación de sujetar a un escrutinio riguroso las posibles desviaciones al marco establecido por la Constitución federal. En otras palabras, no basta con mencionar brevemente la irregularidad de una disposición respecto de la Constitución o de los tratados internacionales, y citar de paso algún criterio o jurisprudencia afín de un Tribunal internacional.

Como es evidente, nuestro país atraviesa por una etapa importante en la historia de sus instituciones jurídicas. Es claro que seremos varios los actores que deberemos contribuir al aseguramiento de un conjunto de cri-

terios sólidos, coherentes y eficientes para la promoción de los derechos humanos en el marco de nuestras obligaciones internacionales. Lo anterior supondrá conocer a fondo las normas internacionales sobre la materia, y saber aplicar en nuestras sentencias los criterios elaborados por órganos jurisdiccionales internacionales, como la Corte IDH; pero, sobre todo, requerirá por parte de todos los jueces mexicanos adoptar una actitud mesurada en el ejercicio del control constitucional, lejos de protagonismos y activismos judiciales infundados.

Fuentes consultadas

- Alexy, Robert. 2002. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, Carlos. 2003. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CE. Constitución Española. 1978. Disponible en http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf (consultada el 19 de octubre de 2012).
- CMDH. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. 1993. Disponible en <http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28Symbol%29/A.CONF.157.23.Sp> (consultada el 19 de octubre de 2012).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (consultada el 19 de octubre de 2012).
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. 1969. Disponible en http://www.oas.org/XXXVGA/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf (consultada el 19 de octubre de 2012).
- Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1985. Opinión consultiva OC-5/85. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf (consultada el 19 de octubre de 2012).

- 2004. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf (consultada el 19 de octubre de 2012).
 - 2009. Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia del 23 de noviembre. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf (consultada el 19 de octubre de 2012).
 - 2010a. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia del 30 de agosto. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf (consultada el 19 de octubre de 2012).
 - 2010b. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia del 31 de agosto. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf (consultada el 19 de octubre de 2012).
 - 2010c. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia del 26 de noviembre. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf (consultada el 19 de octubre de 2012).
- CPC. Constitución Política de Colombia. 1991. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html (consultada el 19 de octubre de 2012).
- CPEB. Constitución Política del Estado de Bolivia. 2009. *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*. Disponible en <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/36208> (consultada el 19 de octubre de 2012).
- CPEUM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2012. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- CPP. Constitución Política del Perú. 1993. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf> (consultada el 19 de octubre de 2012).
- DOF. Diario Oficial de la Federación. 2011. 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. 10 de junio. Disponible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011 (consultada el 19 de octubre de 2012).
- Expediente Varios 489/2010. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011 (consultada el 19 de octubre de 2012).
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2011. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano". *Estudios Constitucionales* 2 (año 9): 531-622.
- Ferreres, Víctor. 1997. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Resolución 32/120. 1977. Asamblea General de las Naciones Unidas. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/320/13/IMG/NR032013.pdf?OpenElement> (consultada el 19 de octubre de 2012).
- SCJN. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2012. Sesión pública del 13 de marzo (versión taquigráfica). Disponible en http://www.scjn.gob.mx/pleno/paginas/ver_taquigraficas.aspx (consultada el 19 de octubre de 2012).
- Tesis 3a./J. 10/91. LEGISLACIONES FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACIÓN JERÁRQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA POR LA CONSTITUCIÓN. Disponible en <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx> (consultada el 19 de octubre de 2012).
- P. LXXVII/99. TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERARQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCION FEDERAL. Disponible en <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx> (consultada el 19 de octubre de 2012).

- P. VIII/2010. JERARQUÍA NORMATIVA. ES INEXISTENTE ENTRE LAS LEYES REGLAMENTARIAS. Disponible en <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx> (consultada el 19 de octubre de 2012).
- I/2011 (10ª). CONTROL DIFUSO. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/informe2011/PDF1/SC-000245-1.pdf> (consultada el 19 de octubre de 2012).
- LXV/2011 (9ª). SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/informe2011/PDF1/SC-000245-1.pdf> (consultada el 19 de octubre de 2012).
- LXVI/2011 (9ª). CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/informe2011/PDF1/SC-000245-1.pdf> (consultada el 19 de octubre de 2012).
- LXVII/2011 (9ª). CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/informe2011/PDF1/SC-000245-1.pdf> (consultada el 19 de octubre de 2012).
- LXVIII/2011 LXVIII/2011 (9ª). PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/informe2011/PDF1/SC-000245-1.pdf> (consultada el 19 de octubre de 2012).
- LXIX/2011 (9ª). PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Disponible en <http://www2.>

- scjn.gob.mx/red/informe2011/PDF1/SC-000245-1.pdf (consultada el 19 de octubre de 2012).
- LXX/2011 (9ª). SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/informe2011/PDF1/SC-000245-1.pdf> (consultada el 19 de octubre de 2012).
- LXXI/2011 (9ª). RESTRICCIÓN INTERPRETATIVA DE FUERO MILITAR. INCOMPATIBILIDAD DE LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL, A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 2º Y 8.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/informe2011/PDF1/SC-000245-1.pdf> (consultada el 19 de octubre de 2012).
- Tesis aislada P. XVII/1988. CÓDIGO DE COMERCIO, EXPEDIDO POR EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. TIENE LA MISMA JERARQUIA DE LAS LEYES EMANADAS POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN. Disponible en <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx> (consultada el 19 de octubre de 2012).
- P. IX/2007. TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. Disponible en <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx> (consultada el 19 de octubre de 2012).
- Vásquez, Luis Daniel y Sandra Serrano. 2011. Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica. En *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, coords. Miguel Carbonell y Pedro Salazar, 135-65. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

