

## CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO*. CONDICIONES GENERALES PARA SU EJERCICIO\*

### CONSTITUTIONALITY AND CONVENTIONALITY *EX OFFICIO*. GENERAL CONDITIONS FOR ITS EXERCISE

ALFONSO PÉREZ DAZA\*\*

---

RESUMEN: En la consolidación de nuestro nuevo sistema de derecho, la tesis de jurisprudencia 1ª./J. 4/2016 (10a.) abona a la cultura jurídica al fijar algunas de las condiciones generales para el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*, al establecer con toda precisión que cuando una norma no genera sospechas de invalidez para el juzgador, por no parecer potencialmente violatoria de derechos humanos, entonces no se hace necesario un análisis de constitucionalidad y convencionalidad exhaustivo, porque la presunción de constitucionalidad de que gozan todas las normas jurídicas no se ha puesto siquiera en entredicho.

PALABRAS CLAVE: *Constitucionalidad; convencionalidad; ex officio; condiciones; ejercicio.*

ABSTRACT: According to the consolidation of our new legal system, the 1ª./J. 4/2016 (10a.) jurisprudence thesis contributes to the legal culture by setting some of the general conditions for the review of constitutionality and conventionality *ex officio*, by accurately establishing that when a rule does not create suspicions of invalidity for the judge, because it does not seem to be a potential violation of human rights, then an exhaustive analysis of constitutionality and conventionality is not necessary, because is not in doubt the presumptuousness of constitutionality that all the legal rules have.

KEYWORDS: *Constitutionality; conventionality; judicial review; ex officio.*

SUMARIO: I. Objeto. II. Argumentación del criterio. III. Relevancia. IV. Conclusiones. V. Referencias.

---

\* Tesis: 1a. /J. 4/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2016, p. 430

\*\* Consejero de la Judicatura Federal.

## I. OBJETO

**L**a autoridad judicial no siempre está obligada a ejercer el control *ex officio* en los términos establecidos en el expediente Varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A fin de establecer ciertas condiciones para su ejercicio, en sesión de 27 de enero de 2017, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprobó la tesis de jurisprudencia 4/2016 (10a.), en la cual se determinó que en cada caso se debe determinar si resulta indispensable hacer una interpretación conforme en sentido amplio, una en sentido estricto o una inaplicación, lo cual ocurre cuando se está en presencia de una norma que resulta sospechosa o dudosa de cara a los parámetros de control de los derechos humanos. De este modo, cuando una norma no genera sospechas de invalidez para el juzgador, por no parecer potencialmente violatoria de derechos humanos, entonces no se hace necesario un análisis de constitucionalidad y convencionalidad exhaustivo, porque la presunción de constitucionalidad de que gozan todas las normas jurídicas no se ha puesto siquiera en entredicho.

## II. ARGUMENTACIÓN DEL CRITERIO

En el amparo directo en revisión 3200/2012, que diera origen a la tesis aislada, ahora jurisprudencia en estudio, se advierten los siguientes antecedentes.

1. El Juez Sexto Penal de Delitos no Graves del Distrito Federal el ocho de marzo de dos mil doce emitió la sentencia y en ella consideró al quejoso como responsable del delito de violencia familiar, y le impuso entre otras penas un año de prisión. Al no compartir el sentido del fallo, interpuso recurso de apelación ante la Sexta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, quien el ocho de mayo de dos mil doce, dictó la sentencia en el sentido de modificar el fallo de primera instancia respecto de las penas accesorias como la aplicación de tratamiento psicológico. Inconforme con ello, interpuso amparo directo, el cual correspondió conocer al Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, cuestionando en su único concepto de violación la negación del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, para lo cual adujo que la responsable incumplió con la obligación de analizar la compatibilidad de lo dispuesto en el artículo 89, fracción III, del Código Penal del Distrito Federal, con el artículo 3 de la Declaración Universal de los Dere-

chos Humanos; 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 9.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 1.1, 1.5, 2.1, 2.7, 9.2 y 9.4 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio); inobservando el control de convencionalidad *ex officio*. Lo anterior, porque, a su juicio, si la referida norma se le hubiera inaplicado podía haber cumplido su sentencia condenatoria de forma diversa a la privación de la libertad.

2. Ante ello, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, declararía infundados los argumentos del quejoso al realizar una interpretación implícita del artículo 1o. constitucional, al considerar que el control de convencionalidad solo debía hacerse en caso de que los derechos tutelados en los instrumentos internacionales no estén previstos en el derecho nacional; esto es, como una especie de subsidiariedad del derecho internacional sobre el nacional, cuando se trate de derechos fundamentales.
3. El quejoso, inconforme con lo anterior, interpuso recurso de revisión, del cual conoció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la cual alego esencialmente que el Tribunal Colegiado se equivoca al señalar que en el caso concreto no era necesario que la autoridad responsable invocara el orden internacional dado que el derecho humano a la libertad está regulado en la Constitución Federal y en la ley secundaria; y, que la autoridad responsable debió inaplicar, por inconveniente, el artículo 89, fracción III del Código Penal para el Distrito Federal, dado que no respeta el principio de mínima intervención ni el movimiento en pro de la despenalización y destipificación de los delitos, a que se comprometió nuestro país, y que está previsto en las Reglas de Tokio.
4. La Primera Sala determinó que el Tribunal Colegiado no atendió que el control *ex officio* no es una cuestión subsidiaria del control concentrado, y al no haber llevado a cabo, la autoridad responsable, una mención de que la norma impugnada no resultaba *prima facie* violatoria de algún derecho humano contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte, el primer agravio resulto fundado; sin embargo, el amparo debía negarse al resultar que ninguna de las tres fracciones del artículo 89 del Código Penal para el Distrito Federal resultan violatorias de las Reglas de Tokio.
5. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para resolver el problema planteado en relación con el control de constitucionalidad

y convencionalidad *ex officio* trajo a colación los criterios aislados del Tribunal Pleno surgidos del referido expediente Varios 912/2010;<sup>1</sup> a fin de determinar si una autoridad judicial incumple con estas obligaciones cuando aplica una norma legal cualquiera sin precisar —o sin expresar en sentido fuerte— que la misma es o no violatoria de algún derecho humano.

Para tal efecto, como lo determinó el pleno los jueces, antes de aplicar una norma jurídica, deben realizar un control *ex officio* que pasa por tres momentos claramente diferenciados:

- A. Una interpretación en sentido amplio, del orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.
- B. Una interpretación conforme en sentido estricto, que tendrá lugar cuando haya varias interpretaciones jurídicamente válidas; la misma deberá llevarse a cabo partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, y prefiriendo la interpretación que haga la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.
- C. Inaplicación de la ley, cuando las alternativas anteriores no sean posibles.

Acorde a lo anterior, al resolverse el precedente judicial en comento se precisó que no todo ejercicio de control *ex officio* de constitucionalidad de los derechos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, lleva necesariamente a la inaplicación, porque, como señaló el Tribunal Pleno en el expediente Varios 912/2010, las normas no pierden su presunción de constitucionalidad sino hasta que el resultado del control así lo refleje. Esta situación implica que las normas que son controladas puedan incluso salvar su presunción de constitucionalidad mediante la interpretación conforme en sentido amplio, o en sentido estricto. La inaplicación vendrá solo en los casos en los que la norma no salve esas dos posibilidades interpretativas. Por ello, los conceptos “control *ex officio* de constitucionalidad y convencionalidad” e “inaplicación” no son intercambiables. Dicho de otro modo, un control de ese tipo no necesariamente lleva a la inaplicación.

<sup>1</sup> PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

Lo anterior supone que, en este nuevo paradigma, cuando un juez aplica una norma en el ámbito de su competencia, es porque la referida presunción de constitucionalidad no fue derrotada; es decir, porque no advirtió que la norma violase, en principio, ningún derecho humano contenido en la Constitución, ni en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Tal situación queda resuelta mediante una mención expresa de la autoridad en la que registre que realmente hizo el control aun cuando no desarrolle toda una justificación en ese sentido.

Ante ello, la Primera Sala precisa que la expresión *ex officio* no significa que siempre y, sin excepción, los jueces deban hacer de manera obligatoria el control de constitucionalidad de los derechos contenidos en la Constitución en los tres pasos señalados (interpretación conforme en sentido amplio, interpretación conforme en sentido estricto e inaplicación), sino en aquellos caso en los que, de forma incidental, sea solicitado por las partes o adviertan que la norma amerita dicho control, sin hacer a un lado los presupuestos formales y materiales de admisibilidad. Tal y como también lo ha estipulado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>2</sup>

Por ello, no puede decirse que las autoridades judiciales incurren en alguna omisión cada vez que no hacen un control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en el sentido de contrastar de forma exhaustiva y expresarlo detalladamente en el mismo acto de aplicación (o inaplicación) de la norma que se trate, pues de acuerdo con los criterios del expediente Varios 912/2010 del Tribunal Pleno, ello solo tiene sentido cuando se actualiza la necesidad de hacer ese tipo de control, es decir, cuando resulta indispensable hacer una interpretación conforme en sentido amplio, una en sentido estricto o una inaplicación, lo cual ocurre, cuando se está en presencia de una norma que resulta sospechosa o dudosa de cara a los parámetros de control de los derechos humanos o es requerido por las partes. En el resto de los casos, bastará con que las autoridades judiciales expresen en un enunciado que realizaron el control *ex officio* y que no advirtieron una causa de pedir con relación a que la norma que van a aplicar pudiera ser violatoria de derechos humanos.

### III. RELEVANCIA

Como sabemos, el ejercicio del control difuso al interpretar la ley conforme a la Constitución y los tratados internacionales tiene como objetivo primordial el respeto

<sup>2</sup> Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de Noviembre de 2006, Serie C No. 158, párrafo 128. [N]o implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

y garantía de los derechos humanos; sin embargo, también es cierto que no en todos los casos resulta indispensable; de ahí la importancia de la tesis de jurisprudencia 1ª./J. 4/2016 (10a.), que fija con toda claridad que cuando una norma no genera sospechas de invalidez para el juzgador, por no parecer potencialmente violatoria de derechos humanos, entonces no se hace necesario un análisis de constitucionalidad y convencionalidad exhaustivo, porque la presunción de constitucionalidad de que gozan todas las normas jurídicas no se ha puesto siquiera en entredicho. En esos casos, como se precisa en la ejecutoria en estudio, bastará con que el juez mencione en una frase expresa que no advirtió que la norma fuese violatoria de derechos humanos, con lo cual se respeta el control difuso y el principio de exhaustividad en el dictado de las sentencias.

No debemos olvidar que no todo ejercicio del control *ex officio* de los derechos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, lleva necesariamente a la inaplicación, porque las normas no pierden su presunción de constitucionalidad hasta que el resultado del control así lo refleje. Esta situación implica que las normas que son controladas puedan incluso salvar su presunción de constitucionalidad mediante la interpretación conforme.<sup>3</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

El nuevo paradigma de los derechos humanos ha generado toda una serie de cambios en la forma en que estábamos acostumbrados a ejercer y aplicar el derecho. El respeto a nuestra Constitución y a los tratados internacionales a través del control que debe ahora realizar el juzgador plantea una serie de escenarios que solo a través de reglas claras podrán garantizar la seguridad jurídica y vigilar que se evite el cumplimiento generalizado de la ley mediante una incorrecta apreciación del control difuso.

La obligación de los jueces de realizar el control constitucional y convencional de una norma tiene como objetivo primordial conservar el Estado de derecho, a través de la certeza jurídica. Es por ello que los límites de ese ejercicio deben estar claros a efecto de no generar incertidumbre y arbitrariedades por quienes tienen el deber de realizar el control, puesto que sobre una misma norma pueden existir las más diversas y dispares interpretaciones que pueden poner en riesgo la propia seguridad jurídica del Estado. No podemos llegar al caso que nos comentaba Luigi Ferrajoli, al hablarnos sobre Italia, donde se había construido un doble Estado oculto y paralelo

<sup>3</sup> Véase Lara Chagoyán, Roberto, "Control *ex officio* de constitucionalidad y convencionalidad: Ajustes a propósito de un caso", *Memoria del IV Congreso Internacional de Argumentación Jurídica: Justiciaabilidad de los derechos*, SCJN, México, 2014, p. 333.

que contradecía todos los principios de la democracia política y del Estado de derecho, desde el principio de legalidad, visibilidad, controlabilidad y responsabilidad de los poderes públicos.<sup>4</sup>

Sin duda, en la consolidación de nuestro nuevo sistema de derecho, la tesis de jurisprudencia 1ª./J. 4/2016 (10a.) en comentario, abona a la cultura jurídica al fijar algunas de las condiciones generales para el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*, al establecer con toda precisión que cuando una norma no genera sospechas de invalidez para el juzgador, por no parecer potencialmente violatoria de derechos humanos, entonces no se hace necesario un análisis de constitucionalidad y convencionalidad exhaustivo, porque la presunción de constitucionalidad de que gozan todas las normas jurídicas no se ha puesto siquiera en entredicho.

## V. REFERENCIAS

### BIBLIOGRÁFICAS

Ferrajoli, Luigi, “El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en Carbonell Miguel y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Poder, Derecho y Corrupción en México*, Siglo XXI-ITAM-IFE, México, 2003.

Lara Chagoyán, Roberto, “Control *ex officio* de constitucionalidad y convencionalidad: Ajustes a propósito de un caso”, *Memoria del IV Congreso Internacional de Argumentación Jurídica: Justicia de los derechos*, SCJN, México, 2014.

### JURISPRUDENCIALES

Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de Noviembre de 2006, Serie C No. 158.

---

<sup>4</sup> Ferrajoli, Luigi, “El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en Carbonell Miguel y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Poder, Derecho y Corrupción en México*, Siglo XXI-ITAM-IFE, México, 2003, p. 144.

