

Aportaciones principales del libro *El control difuso y la recepción del control de convencionalidad de derechos humanos en México*

(Rojas Caballero, Ariel, *El control difuso y la recepción del control de convencionalidad de derechos humanos en México*, prolog. E. Ferrer Macgregor, México, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 117, 2015.)

1. Los sistemas internacionales de promoción y protección de los derechos humanos obedecen a una evolución notable de la ciencia jurídica en aras de hacer más efectiva su tutela, complementando los mecanismos nacionales al respecto y con miras a fortalecer su plena vigencia, también como un camino de perfeccionamiento de todas las instituciones jurídicas que impacta no sólo en mejores instrumentos nacionales para su garantía, sino en políticas públicas que permitan desarrollarlos cada vez con mayor plenitud.

2. Dentro del Sistema Regional Americano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, el control de convencionalidad concentrado, externo o en sede internacional es la función propia y natural de la CoIDH y a través de él se establece si un Estado es responsable internacionalmente por violaciones al *corpus iuris* de derechos humanos, integrado por la CADH y otros tratados de derechos humanos suscritos en el ámbito interamericano, así como sus interpretaciones. Sin embargo, dentro de él debe incorporarse el llamado *soft law*, que alude a fuentes distintas a las anteriores, pero que en el ámbito internacional permiten fijar el estándar en materia de derechos humanos.

3. Se estima inadecuado introducir cuestiones relativas a la soberanía, propias de otros tiempos, cuando se cuestiona la recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Sistema Regional Americano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos y el control de convencionalidad, ya que si los estados nacionales voluntariamente se adhieren a un tratado en la materia, como la CADH, y aceptan la competencia contenciosa de un tribunal internacional, como la CoIDH, ello obedece a la lógica de per-

feccionar sus propios mecanismos de tutela. No se trata ya de un problema de establecer la prevalencia del orden jurídico interno o del internacional, o de las autoridades que deriven de cada uno, sino más bien de poner en el centro del actuar público y el privado a la persona humana y su dignidad intrínseca.

4. El control de convencionalidad difuso, interno o en sede nacional es una creación jurisprudencial de la CoIDH que se ubica en la lógica de perfeccionar la recepción del derecho internacional de los derechos humanos. A través de él se busca crear un sistema escalonado de tutela por medio de los jueces nacionales para que velen por el efecto útil del *corpus iuris* de derechos humanos que en sede nacional incorpora también a las disposiciones constitucionales en la materia. Todo ello con la finalidad de que internamente se resuelvan las violaciones a los derechos humanos, aplicando los estándares fijados por la CoIDH.

5. En sede nacional, el control de convencionalidad debe ser ejercido por todos los jueces nacionales y a través de él son objeto de revisión todas las normas del sistema, incluso las constitucionales y la jurisprudencia de las máximas instancias judiciales, las que se deben contrastar con el *corpus iuris* de derechos humanos de fuente externa e interna.

6. Propiamente cuando una autoridad distinta a la judicial no viola derechos humanos, no realiza un control de convencionalidad, sino que cumple con el deber de respeto, previsto en los distintos instrumentos de derechos humanos. El control de convencionalidad difuso, interno o en sede nacional busca que en el ámbito de los estados nacionales se remedie la violación de derechos humanos, por lo que se estima que generalizar dicho control a autoridades distintas de las judiciales, además de que no podría calificarse propiamente como tal, podría generar mayores conflictos jurídicos al interior del Estado.

7. En algunos supuestos es imposible salvar la transgresión de una norma nacional con una interpretación conforme a los derechos humanos. Es claro que en estos casos la norma debe ser desaplicada en el caso concreto.

8. Con la recepción nacional del control de convencionalidad se permite fomentar un diálogo jurisprudencial con miras a construir un *Ius Commune* y un orden público en Latinoamérica y el Caribe.

9. Existen diferencias entre el control de convencionalidad ejercido por la CoIDH y el que se realiza en sede nacional por todos los jueces. En el primero, el objeto de control es más amplio e incorpora todos los actos del Estado; el efecto de la sentencia es declarar la responsabilidad internacional del Estado

y establecer medidas de reparación, incluyendo las de no repetición. En sede nacional el objeto de control se circunscribe a normas jurídicas y el efecto de la sentencias, en un caso extremo, será la desaplicación de las que se estimen trasgresoras de derechos humanos.

10. La evolución de los modelos de control constitucional permite evidenciar que en realidad, salvo el norteamericano difuso, que en términos generales se ha conservado intacto, en la mayor parte de los países se han incorporado distintos mecanismos a cargo de un Tribunal Constitucional o un grupo de órganos, en los que no sólo se adopta la acción abstracta de inconstitucionalidad, propia del modelo austríaco-kelseniano, sino que además se han sumado la cuestión de constitucionalidad y el amparo, entre otros. La mixtura e hibridación de los modelos incluso ha permitido la incorporación del control difuso ejercido por todos los jueces y su coexistencia con mecanismos concentrados a cargo de la jurisdicción constitucional.

11. En México, a pesar del texto expreso del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), la jurisprudencia y parte de la doctrina rehusaban el control difuso. Otra parte de la doctrina se pronunció sobre su vigencia en casos de flagrante violación del texto constitucional y, desde luego, de la jurisprudencia integrada sobre él. Postura que se comparte.

12. La debida recepción de las cuatro sentencias condenatorias a México por la CoIDH que ordenaban implementar el control de convencionalidad, se produjo como consecuencia de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos de 2011 y la apertura jurisprudencial a partir de la resolución del expediente de Varios 912/2010, que en su conjunto permitieron reincorporar el control difuso.

13. El concepto “de los derechos humanos y sus garantías” utilizado por el Poder Revisor de la Constitución en la denominación del capítulo I del Título Primero de la CPEUM, responde a una tradición histórica que incorporó la nomenclatura aceptada en el derecho internacional, de tal suerte que puede estimarse equivalente a la utilizada en otras latitudes o por la doctrina al aludir a “derechos fundamentales”.

14. Es menester destacar la diferencia entre la interpretación conforme de los derechos humanos que se ubica en el parámetro de control y que permite seleccionar la norma de derechos humanos más protectora; de la interpretación conforme a los derechos humanos que se ubica en los pasos a seguir en el con-

rol difuso, que permite armonizar una norma que no es abiertamente contraria a ellos y permite fijar su alcance en consonancia.

15. Como un primer acercamiento al tema, debe reputarse control de convencionalidad cuando se hace el contraste entre una norma nacional y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y de constitucionalidad cuando el contraste se realiza exclusivamente con derechos humanos de ese origen.

16. No obstante lo anterior, en México por mandato del primer párrafo del artículo 1o. de la CPEUM, el parámetro de control es el mismo, tanto para el de convencionalidad (ordenado por la CoIDH) como para el de constitucionalidad, ya que se integra un conjunto normativo de la máxima jerarquía con las normas en materia de derechos humanos de fuente interna o externa; la distinción no puede darse en función de estas normas de contraste (nacionales o convencionales).

17. El parámetro de control en el difuso y el de convencionalidad, ordenado por la CoIDH es el mismo, en los que debe utilizarse en todo caso la interpretación conforme de los derechos humanos y los principios *pro persona* y de subsidiariedad, previstos en el segundo párrafo del artículo 1o. de la CPEUM y en el numeral 29 de la CADH, para seleccionar la norma que deberá ser utilizada como referente en el contraste, por lo que en México control difuso es sinónimo de control de convencionalidad (ordenado por la CoIDH), ya que los sujetos, objeto, parámetro de control y forma de efectuarlo son los mismos.

18. Puede refutarse que el control de constitucionalidad concentrado en México corresponde al ejercicio exclusivamente por los órganos del PJF a través de los mecanismos expresamente previstos en la CPEUM y por medio de sus regulaciones procesales.

19. El control difuso no se distingue de los mecanismos de control concentrado a cargo del PJF por el resultado. Lo anterior es así, ya que no en todos los mecanismos concentrados existe una declaratoria de inconstitucionalidad de la ley que trascienden a los resolutivos de la sentencia e impida su aplicación futura. Dado que en el amparo directo, en algunos supuestos en las controversias constitucionales (de una instancia menor a una mayor mayor) o en las facultades de desaplicación del TE, el resultado del contraste no se ve reflejado en la parte resolutive de la sentencia y la inaplicación de la norma solamente aparece en la parte considerativa.

La distinción entre el control difuso y el concentrado está en los sujetos del control y la forma de llevarlo a cabo. En el primero corresponde a todos los jueces, mientras que en el concentrado sólo a algunos. En el difuso debe realizarse en todos los juicios, en el segundo sólo a través de los mecanismos expresamente previstos en la Constitución y por medio de las formas procesales reguladas en la ley respectiva.

20. A través del control difuso se salvaguarda también la parte orgánica de la CPEUM, toda vez que por medio de la tutela que comprenden los derechos humanos previstos en los artículos 14 y 16 se permitiría a todos los jueces analizar alguna trasgresión a una norma orgánica, como las competenciales o de procedimiento.

21. Derivado de la obligación de todos los jueces de realizar el control difuso, la prelación en los mecanismos de interpretación de la ley que derivan de los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 de la CPEUM ha variado: en todo caso deberá preferirse la interpretación conforme a los derechos humanos aun por encima de la gramatical o literal (“letra de la ley”).

22. Por medio de una revisión de las distintas tesis de jurisprudencia y aisladas emitidas por la SCJN y por los TCC se puede advertir la plena recepción del control de convencionalidad en México con el establecimiento claro de la obligación de todos los jueces nacionales de efectuarlo; al mismo tiempo, con ellas se ha tratado de precisar los conceptos relacionados, las oportunidades procesales para realizarlo, sus alcances, algunas orientaciones metodológicas, incluso su ejercicio en los propios mecanismos de control concentrado, como el amparo.

23. La metodología que se desprende de los criterios jurisprudenciales relativos se estructuraría a partir de los siguientes pasos: 1. Sólo pueden ser objeto de control difuso las normas que se hayan aplicado dentro del procedimiento respectivo o vayan a ser aplicadas en la sentencia con la que culmina. 2. Respecto de éstas es importante que no haya cosa juzgada. 3. Las normas jurídicas gozan de la presunción de su constitucionalidad. 4. La contrastación oficiosa con el parámetro de control deberá realizarse si una norma resulta sospechosa de transgredirlo. 5. Si las partes realizan el planteamiento de que son violatorias de derechos humanos deberán proporcionar los elementos mínimos para su examen y éste deberá verse reflejado en la sentencia. 6. Deberá identificarse el derecho humano que está en juego, ubicar la norma o normas que lo recopilen, tanto de fuente interna como externa. 7. Deberá seleccionarse la nor-

ma de derechos humanos que sea más protectora o establezca menores límites. Acorde con lo resuelto por la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011, los límites constitucionales deberán prevalecer. 8. Deberá ubicarse la interpretación de esas normas de derechos humanos en la jurisprudencia de la SCJN o de la CoIDH. 9. Si la norma ordinaria que se aplicó en el procedimiento o en la resolución, resulta que se corroboró que es contraria a los derechos humanos y a sus interpretaciones, deberá buscarse una interpretación conforme a ellos. 10. Si ello no es posible, deberá desapplicarse en el caso concreto dentro de la parte considerativa de la sentencia, sin que ese ejercicio se vea reflejado en los resolutivos. 11. La desapplicación de una norma sólo puede realizarse si de manera evidente es contraria al parámetro de control. 12. Si una norma ordinaria resulta contraria a un precepto de derechos humanos de fuente constitucional, ello deberá ser suficiente, sin que sea necesario acudir a los de fuente convencional. 13. En el ejercicio del control difuso a los jueces no les corresponde fijar a base de ejercicios interpretativos un alcance diferente de los derechos humanos que no se desprenda del texto mismo de la CPEUM, los tratados internacionales o la jurisprudencia que les obliga. 14. Si en la sentencia no se advierte que se haya realizado un control difuso, debe entenderse que el juzgador estimó que las normas aplicadas no son violatorias de derechos humanos.

24. Con la reincorporación del control difuso en México se ha formado un sistema dual o paralelo de justicia constitucional, donde no necesariamente el resultado del primero es revisado a través de los mecanismos de control concentrado. Aunque por lo general las partes en los juicios tienen expedito su derecho para impugnar las resoluciones jurisdiccionales donde se haya hecho el control difuso a través de las distintas instancias o recursos ordinarios y finalmente por medio del amparo en sus diversas vías, subsisten dos supuestos donde esto no es posible: en materia penal cuando no hay víctima del delito por parte del Ministerio Público y en materia contenciosa administrativa por parte de la autoridad demandada.

25. La necesaria articulación del control difuso con el concentrado permitiría dar respuesta o solucionar a las siguientes cuestiones: a) la forma monológica en que se realiza el control difuso, b) evitar la irrecurribilidad de algunas resoluciones terminales en la jurisdicción ordinaria, c) eliminar la existencia de criterios contradictorios o “guerra de cortes”, d) fomentar la unidad interpretativa de los derechos humanos, e) afianzar la posición y facultades del

Tribunal Constitucional, f) superar las particularidades técnicas de la interpretación de los derechos humanos, y g) fomentar la seguridad jurídica en el ejercicio del control difuso.

26. A través del derecho comparado se llega a la conclusión de que la manera de lograr la articulación del control difuso con el concentrado se logra con la implementación de un recurso extraordinario para que la máxima instancia del control concentrado revise el difuso y por medio de la obligatoriedad de la jurisprudencia de la jurisdicción constitucional.

27. Es deseable que se expida una ley reglamentaria de los artículos 1o. y 133 de la CPEUM y de recepción de las cuatro sentencias condenatorias a México de la CoIDH que ordena realizar el control de convencionalidad, con la finalidad de recoger la evolución jurisprudencial y crear un recurso extraordinario para los supuestos donde una parte no tenga legitimación activa en el amparo.

28. El recurso extraordinario para que los órganos del control concentrado revisen el control difuso es deseable que se estructure a partir de la reglamentación del amparo, esto es, que se tramitarían de acuerdo con las disposiciones aplicables de la LA, en cuanto a la vía procedente, directa o indirecta, requisitos de la demanda, improcedencia y sobreseimiento, oportunidad, tramitación, sentencia y medios de impugnación. Las peculiaridades de este recurso extraordinario se harían respecto a la legitimación activa que se ampliaría a las partes en los procesos ordinarios que no tuvieran legitimación activa en el amparo. Estimo necesario que también en la ley que se expida se destaque que el recurso tendrá como finalidad revisar el control difuso realizado, sea que se desaplicó una norma o se realizó una interpretación conforme a los derechos humanos.

29. Debe favorecerse la integración de jurisprudencia para orientar a todos los jueces en el ejercicio del control difuso, garantizar la igualdad de los gobernados frente a la ley y brindar seguridad jurídica. Derivado de lo anterior, debe ajustarse el criterio y en vía de consecuencia, el Acuerdo General de la SCJN relativo al amparo directo para permitir que los TCC integren jurisprudencia cuando estimen que una norma es violatoria de derechos humanos y cuando no se haya interpuesto revisión ante la SCJN o se haya desechado. La jurisprudencia integrada en materia de amparo directo y por unificación debe permitir iniciar el procedimiento de declaratoria de inconstitucionalidad gene-

ral para hacer más efectivo el sistema de justicia constitucional y permitir la depuración de normas contrarias al conjunto normativo de derechos humanos que incluso de no hacerse podría generar la responsabilidad internacional del Estado mexicano.

Ariel Alberto Rojas Caballero

Se terminó de imprimir en noviembre de 2016 en
Servicios Profesionales en Impresión (SEPRIM),
Amelia Hernández Ugalde HEUA-730908-AM1
Cda. de Técnicos y Manuales 19-52, Lomas Estrella, Iztapalapa
C.P. 09880, Tel. 5443-7754 y 53

El tiraje consta de 1700 ejemplares