

Primeras implicaciones del Caso Radilla

Para Héctor Fix-Zamudio, por todo lo que a él deben estas ideas.

José Ramón Cossío D.*

I. Introducción

El 14 de julio de 2011, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJ) dictó la resolución definitiva en el expediente varios 912/2010.¹ A mi parecer, se trata de una de las más importantes resoluciones jurisdiccionales de la historia nacional en tanto estableció de manera novedosa un completo modelo de control de regularidad constitucional para nuestro orden jurídico.²

Como trataré de demostrarlo en las páginas siguientes lo que la SCJ hizo fue, a partir de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio del mismo 2011 y de la necesidad de insertar en nuestro orden jurídico, por decirlo así, la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en el caso de Rosendo Radilla contra el Estado mexicano (“Radilla 1”), generar una solución integral en dos sentidos. Por una parte, reiterar el control concentrado de constitucionalidad, introducir el control difuso de constitucionalidad y establecer las condiciones generales de aplicación y alcance del principio *pro persona*. Con ello se generó una solución integral acerca del modo como los órganos del Estado de los diversos órdenes jurídicos que componen nuestro Estado federal, deben actualizar la supremacía constitucional.

La segunda cuestión que quedó resuelta con la sentencia en comentario tiene que ver con la incorporación de los parámetros de convencionalidad a efecto de realizar las tres operaciones mencionadas en el párrafo anterior. Dicho de otra manera, la Corte estimó que el control de regularidad (ya veremos si concentrado y difuso, o sólo uno de ellos) y la interpretación *pro persona* deben llevarse a cabo no sólo teniendo en cuenta el parámetro de constitucionalidad, sino también el de convencionalidad, *i. e.*, considerando la totalidad de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

El reconocimiento de los dos aspectos mencionados, da lugar a una situación en la que, en principio, podría resultar posible combinar dos tipos de control de regularidad, el concentrado y el difuso, con dos parámetros de control, el constitucional y el convencional, dando lugar a cuatro posibles combinaciones (control concentrado de constitucionalidad—

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor de derecho constitucional en el ITAM.

¹ De manera completamente convencional y a efecto de evitar confusiones, llamaré a esta resolución de la Corte mexicana “Radilla 2”, mientras que a la dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos la designaré como “Radilla 1”.

² En lo que sigue, no trataré de manera detallada todas las incidencias de este caso ni en el ámbito interamericano, ni en el nacional. Unas y otras han quedado recopiladas y comentadas en el libro que recientemente publicamos Raúl Mejía, Laura Patricia Rojas y yo (*El caso Radilla. Estudio y documentos*, México, Porrúa, 2012).

control concentrado de convencionalidad—control difuso de constitucionalidad—control difuso de convencionalidad), tal como queda expresado en el cuadro siguiente:

Posibilidades del control de regularidad

Parámetro de control	Tipo de control	
	Constitucional	Concentrado
		Difuso
	Convencional	Concentrado
Difuso		

Adicionalmente a lo anterior y en parte como consecuencia de ello, la resolución de la SCJ enfrentó otros elementos importantes, aunque no con la misma profundidad de los anteriores. El primero de ellos tiene que ver con la manera en la que se determinó el modo de llevar a cabo diversas operaciones jurídicas (de control o de interpretación), cómo debían relacionarse los derechos humanos de fuente constitucional y los de fuente convencional. El segundo, tiene que ver con la manera en la que la propia SCJ y en general los tribunales nacionales debían considerar, tanto para efectos de control difuso como concentrado, las resoluciones dictadas por la propia CoIDH en los casos en los que el Estado mexicano no hubiera sido parte. Por su complejidad, trataremos por separado los temas mencionados, dando lugar con ello al esquema general de este trabajo.

II. La obligatoriedad de las sentencias de la CoIDH

La primera gran consecuencia de la sentencia “Radilla 2” fue el reconocimiento expreso por parte de la SCJ a la obligatoriedad de las resoluciones dictadas por la CoIDH respecto del Estado mexicano, el Poder Judicial de la Federación y la propia Suprema Corte. Es verdad que con anterioridad y de manera genérica el primero de esos sujetos había sido condenado por la CoIDH.³ Sin embargo, es hasta el caso “Radilla 1” que los dos sujetos mencionados en último lugar recibieron condenas específicas. Veamos estas cuestiones con más detenimiento.

El razonamiento seguido por la SCJ se expresó en los párrafos 14 a 19 de la resolución de la siguiente manera: reconoció la sujeción del Estado mexicano a la jurisdicción de la CoIDH; determinó que, con base en lo anterior, las sentencias dictadas por esa instancia constituyen cosa juzgada y, finalmente, señaló que la SCJ, aun cuando tenga el carácter de tribunal constitucional, “no puede evaluar este litigio ni cuestionar la competencia de la Corte (Interamericana, se entiende), sino sólo limitarse a su cumplimiento en la parte que le corresponde y en sus términos”.⁴ La SCJ concluyó diciendo: “Así, las resoluciones

³ Antes del caso Radilla, el Estado mexicano fue condenado en los llamados “Caso Castañeda” (Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 6 de agosto de 2008) y “Campo Algodonero (González y Otras vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009).

⁴ Lo anterior lo consideró, además, conforme con lo dispuesto en los artículos 62.3, 67 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

pronunciadas por aquella instancia internacional (la CoIDH) cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto”.

Derivado de esta determinación, en la sentencia en comentario se identificaron tres obligaciones concretas a cargo del Poder Judicial de la Federación: primeramente, que los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de la constitucionalidad. Este tema lo trataremos enseguida, por lo cual no realizamos ninguna consideración puntual en este momento. En segundo lugar se dijo también que los órganos jurisdiccionales federales debían restringir la interpretación del fuero militar en casos concretos, lo que en el párrafo 40. de “Radilla 2” se entendió de la siguiente manera:

La conclusión a la que arribó la sentencia cuyo cumplimiento se examina, fue en el sentido de que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar, porque cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia.⁵

En tercero y último lugar se dijo que los órganos del propio Poder Judicial de la Federación deberían implementar medidas administrativas, mismas que en términos del párrafo 47. de la sentencia se constriñeron a brindar capacitación a todo el personal jurisdiccional y jurídico respecto del sistema interamericano de derechos humanos y para el debido juzgamiento del delito de desaparición forzada de personas. En el párrafo 50. se determinó que el conocimiento de la averiguación previa abierta con motivo del caso Radilla debía quedar en la jurisdicción civil y en modo alguno pasar a la militar.

Con base en las determinaciones acabadas de mencionar pero, sobre todo, a partir de la aceptación de la obligatoriedad de la sentencia “Radilla 1” para el Estado mexicano en lo general y para el Poder Judicial de la Federación y sus órganos, en los particular, la SCJ construyó en “Radilla 2” los modos de incorporar de manera concreta esas obligaciones, sus alcances y sus efectos, específicamente respecto del segundo grupo de sujetos jurisdiccionales. En lo que sigue y como ya quedó dicho, consideraremos algunos de los que mayor afectación tendrán sobre nuestro orden jurídico nacional.

III. Tipos y parámetros del control de regularidad

⁵ Como consecuencia de lo anterior, en el párrafo 50 se ordenó a todos los juzgados y tribunales federales de todo el país que tuvieran asuntos relacionados con el tema, “lo informen a esta Suprema Corte para que ésta reasuma su competencia originaria o bien ejerza su facultad de atracción por tratarse de un tema de importancia y trascendencia”.

El segundo tema relevante a que dio lugar “Radilla 2”, tiene que ver con los tipos y los parámetros de regularidad admisibles en nuestro orden jurídico. Antes de esta decisión únicamente se aceptaba una sola posibilidad: el control concentrado con carácter exclusivamente constitucional. Esto quiere decir que la totalidad del control de regularidad de grado superior debía llevarse a cabo dentro del tipo de procesos concentrados (amparo, controversias constitucionales y acciones de constitucionalidad) y teniendo como único parámetro a la Constitución.⁶ Lo que “Radilla 2” estableció fue la posibilidad de otro tipo (difuso) y de otro parámetro (convencionalidad), con lo cual amplió considerablemente las posibilidades del control de regularidad. Consideremos cada uno de estos elementos por separado.

A) Control de constitucionalidad

Dada la posición suprema que a las constituciones se reconoce en los órdenes jurídicos modernos, la mayor parte de éstos contemplan vías para garantizar esa superioridad. En esto el orden jurídico mexicano y su Constitución no tienen nada de especial, como no sea por las características concretas de esas vías y sus correspondientes efectos.⁷ A través de diversos procesos, ciertos órganos del Estado, primordialmente de carácter jurisdiccional, son competentes para determinar si una norma es contraria o no a la Constitución y, a fin de mantener la supremacía mencionada, precisar qué consecuencia acarrea tal consideración. Lo relevante aquí consiste en saber que aquello contra lo que se contrasta la norma jurídica impugnada es sólo el texto constitucional. Dependiendo del tipo de proceso de que se trate, en algunos casos podrá ser cualquier norma constitucional, mientras que en otros (primordialmente el amparo), sólo será posible respecto de un tipo específico (derechos humanos). Lo que de cualquier manera es importante destacar es que el parámetro de control será exclusivamente constitucional.

No es el caso desarrollar aquí la totalidad de los problemas a que da lugar el parámetro de control constitucional, pues ello equivaldría a pronunciarnos sobre buena parte de los temas que hoy componen el derecho constitucional y su vertiente procesal.⁸ Baste decir que al hablar del parámetro, implícitamente quedan comprendidos temas relacionados con la interpretación constitucional o la tipología normativo-constitucional, por ejemplo. Sin embargo y para efectos de considerar las implicaciones de “Radilla 2”, nos limitaremos a analizar el asunto *como si* el parámetro de constitucionalidad pudiera reducirse a una unidad más o menos acabada e identificable a partir de la cual se llevara a cabo el contraste de todas las normas que pudieran considerarse como no constitucionales.

Con la delimitación simple del parámetro, surge una cuestión adicional de igual importancia: ¿en dónde, cómo y para qué, por decirlo así, se actualiza ese parámetro de constitucionalidad? Dicho en otros términos, ¿en qué vías y para qué efectos el parámetro

⁶ Para un estudio general del tema véase Fix Zamudio, H., *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, IJ-UNAM, 1994.

⁷ Sobre estas peculiaridades, cfr. Cossío, J. R. *Sistemas y modelos del control constitucional en México*, México, UNAM, 2011.

⁸ En otro trabajo traté de hacerlo respecto de las controversias constitucionales, de manera que me remito a lo ahí expuesto para mostrar las complejidades del asunto (*La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008, pp. 135-172).

de constitucionalidad funciona para garantizar la supremacía constitucional? Si hablamos de vías, modalidades o proceso en los que se actualice el control de constitucionalidad, lo que evidentemente habría que hacer es considerar la totalidad de los procesos en los que el uso de este parámetro pudiera llegar a darse. Así, por ejemplo, sería necesario identificar la totalidad de los procesos en los que el juez civil pudiera actuar, tales como los juicios ordinarios, cada uno de los especiales, los sumarios, etc. Al concluir la lista de los procesos que le corresponde conocer a ese tipo específico de juzgador, debería pasarse al siguiente y así sucesivamente, hasta considerar la totalidad de las vías que nuestro orden jurídico le permite a la totalidad de los juzgadores (no sólo jueces) llevar a cabo el control de regularidad constitucional.

Para simplificar esta forma de actuación y en aras de lograr construcciones más o menos generalizadas, resulta posible diferenciar dos grandes tipos de control o, si se quiere, de modalidades de aplicación del parámetro de constitucionalidad: el concentrado y el difuso. Lo que ambas denominaciones quieren poner de manifiesto y a estas alturas ello es evidente, es el tipo de proceso y el modo en que dentro de él, si puede decirse así, los órganos jurisdiccionales aplican el apuntado parámetro de constitucionalidad.

1. Concentrado

En primer lugar, cuando se habla de control concentrado de constitucionalidad se alude a los procesos en los que la norma considerada contraria a la Constitución de manera expresa se impugna, precisamente, por considerarse específicamente contraria a ésta. No se trata de señalar aquí lo obvio, sino de reparar en un hecho ciertamente sutil: lo que se busca del órgano jurisdiccional es lograr una declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada, de ahí que ella, la norma, sea el objeto central de la impugnación. Por descartar lo obvio, no se trata de plantear la inconstitucionalidad como resultado de la interpretación hecha por una autoridad, ni de estimar que el acto fundado en una norma es igualmente contrario a la Constitución. De lo que se trata es de preguntarle al juzgador, por ponerlo de esta manera, si cierta norma general es o no contraria al texto constitucional, de ahí que los argumentos presentados en el correspondiente escrito estén dirigidos a tal efecto.

En segundo lugar y partiendo de lo anterior, el proceso se encaminará a demostrar, evidentemente, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma en cuestión. Por ello la demanda y la contestación (o informe como decimonómicamente seguimos diciendo para un juicio que hace tiempo dejó de ser una queja), las partes participantes y el tipo de argumentos, pruebas y alegatos, girarán en torno a la demostración (o no) de la inconstitucionalidad de la norma general cuestionada.

En tercer lugar y como componente central, la sentencia deberá ocuparse, expresa y destacadamente, de la norma impugnada de inconstitucional a fin de determinar su calidad normativa. Con este paso o etapa suele identificarse el control concentrado: a partir de la impugnación de la norma, en la parte considerativa de la sentencia se dan las razones de la inconstitucionalidad y, como no podía ser de otra manera, se plasman en los puntos resolutivos por vía de conclusión. Así es como se cierra el círculo procesal. Lo impugnado (la norma) queda reflejado en la parte decisoria de la sentencia, sea esto de manera expresa o por remisión, necesariamente expresa, a la parte considerativa de la sentencia.

Hechas estas puntualizaciones, ¿qué quedó dicho en “Radilla 2” acerca del control concentrado de constitucionalidad? En el párrafo 25. y en relación con el control difuso, se dijo lo siguiente: “En este sentido, en el caso mexicano se presenta una situación peculiar, ya que hasta ahora y derivado de una interpretación jurisprudencial, el control de constitucionalidad se ha ejercido de manera exclusiva por el Poder Judicial Federal mediante los mecanismos de amparo, controversias y acciones de inconstitucionalidad”.⁹ Con independencia de las variaciones habidas de la 5ª a la 8ª épocas del Semanario Judicial de la Federación,¹⁰ en la 9ª se estableció, entre otros criterios, dos que aquí debemos

⁹ Enseguida se señaló: “De manera expresa, a estos medios de control, se adicionó el que realiza el Tribunal Electoral mediante reforma constitucional del primero de julio de dos mil ocho, en el sexto párrafo del artículo 99 de la Constitución Federal, otorgándole la facultad de no aplicar las leyes sobre la materia contrarias a la Constitución”.

¹⁰ En la nota a pie de página número 3 de “Radilla 2” se hizo un recuento que, a pesar de su extensión, conviene transcribir aquí: “En abril de 1919, el criterio del Tribunal Pleno era que todas las leyes que se opusieran a lo dispuesto en la Constitución no debían ser obedecidas por ninguna autoridad, éste criterio se expresaba en la tesis de rubro: “CONSTITUCIÓN, IMPERIO DE LA” (289, 870). En mayo de 1934, la Segunda Sala, estableció una tesis aislada con el rubro: “CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY” (336,181), la cual reflejaba un criterio consistente en que conforme con el artículo 133 de la Constitución Federal, todos los jueces de la República tenían la obligación de sujetar sus fallos a los dictados de la misma, a pesar de las disposiciones que en contrario pudieran existir en otras leyes secundarias. Al año siguiente, en agosto de mil novecientos treinta y cinco, la misma Sala señaló que los únicos que pueden determinar la inconstitucionalidad de algún precepto son los tribunales de la Federación, al emitir la tesis aislada de rubro: “LEYES DE LOS ESTADOS, CONTRARIAS A LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES” (335,247). Cuatro años después, en febrero de 1939, la Tercera Sala de la Corte, determinó en un criterio aislado que la observancia del artículo 133 de la Constitución Federal es obligatoria para los jueces locales de toda categoría, el rubro de la tesis es: “LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS” (356,069). Posteriormente, en abril de 1942, la Segunda Sala se pronuncia nuevamente en el sentido de que todas las autoridades del país deben observar la Constitución a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en otras leyes, las tesis tienen como rubro: “CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL PARA EXAMINARLA Y ESTATUIR SOBRE ELLAS” (326,678) y “CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL IMPUESTO AL SUPERPROVECHO COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL PARA DECIDIR SOBRE ELLA” (326, 642). En el año de 1949 la misma Segunda Sala emite un criterio contrario a los anteriores, en donde vuelve a sostener que solo las autoridades judiciales de la Federación puede conocer de los problemas de “anticonstitucionalidad”, la tesis tiene como rubro: “LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS” (320,007). En septiembre de 1959, la Segunda Sala consideró que la vía adecuada para resolver los problemas sobre la oposición de una ley secundaria y la Constitución era el juicio de amparo, la tesis tiene como rubro: “CONSTITUCIÓN Y LEYES SECUNDARIAS, OPOSICIÓN EN LAS” (268, 130). En 1960 la Tercera Sala resuelve que si bien las autoridades judiciales del fuero común no pueden hacer declaratorias de inconstitucionalidad de leyes, en observancia al artículo 133 están obligadas a aplicar en primer término la Constitución Federal cuando una ley ordinaria la contravenga directamente, la tesis es de rubro: “CONSTITUCIÓN. SU APLICACIÓN POR PARTE DE LAS AUTORIDADES DEL FUERO COMÚN CUANDO SE ENCUENTRA CONTRAVENIDA POR UNA LEY ORDINARIA” (270, 759). En septiembre de 1968, la Tercera Sala emite un criterio en el que considera que sólo el Poder Judicial de la Federación puede calificar la constitucionalidad de las leyes a través del juicio de amparo, el rubro es: “CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN” (269,162). En agosto de 1971, la Tercera Sala se pronunció en el sentido de que todas las autoridades judiciales deben apegar sus resoluciones a la Constitución, la tesis tiene el rubro: “LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS. SU VIOLACIÓN ALEGADA ANTE EL TRIBUNAL DE APELACIÓN” (242, 149). En junio de 1972, la Tercera Sala consideraba que el examen de la constitucionalidad de las leyes solamente estaba a cargo del Poder Judicial Federal a través del juicio de amparo, el rubro de la tesis es: “CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN” (242, 028)”.

resaltar. Por una parte, la tesis plenaria P./J. 73/99 de rubro “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”, en la cual se dispuso que sólo los órganos de ese Poder pueden llevar a cabo tales funciones; por otra, la tesis P./J. 23/2003 de rubro “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES”, en la que se dijo que estos órganos únicamente pueden actuar en los procesos de amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Resumiendo, lo que se dijo en “Radilla 2” acerca del control concentrado de constitucionalidad no fue nada diverso a lo que se había venido diciendo a lo largo de, prácticamente, la vigencia de la Constitución de 1917.

Finalmente, cabe señalar que la sentencia “Radilla 2” no introdujo elementos adicionales en lo que hace a la configuración de los tres procedimientos mencionados, ni planteó mayores efectos en lo que tiene que ver con el mismo control concentrado. Ello es entendible por no ser esa la función del fallo, ni el papel de la SCJ. Sin embargo, cabe hacer algunas puntualizaciones. En lo tocante al amparo, el mismo fue modificado constitucionalmente unas semanas antes de la resolución en comentario y la Ley respectiva continuaba pendiente de expedición al momento de escribir este trabajo. Por ello y porque la *vacatio legis* establecida por el órgano reformador de la Constitución se alargó hasta octubre de 2011, la resolución dictada por la Corte en julio de ese año no determinó ni podía determinar nada respecto del nuevo procedimiento. En lo que atañe a las controversias y acciones, su proceso evolutivo es el que venía y viene generándose desde 1995 de manera primordialmente jurisprudencial y respecto del cual, nuevamente, “Radilla 2” no podía cumplir una función adicional ni siquiera complementaria.

2. Difuso

Las notas del control difuso contrastan vivamente con las que acabamos de atribuir al concentrado. En primer lugar, en el litigio no se plantea de manera expresa la inconstitucionalidad de una norma general, no porque al litigante actor o demandado no le convenga hacerlo o no lo desee, sino porque en principio no lo permiten las condiciones del juicio. Los juicios ordinarios, dicho sea de paso, están diseñados para identificar los hechos relevantes a los cuales las normas habrán de darles la correspondiente significación jurídica. Lo que en este tipo de juicios se discute es, también dicho de paso, el modo como las normas se actualizan en situaciones concretas, pero no si las propias normas satisfacen el estándar de constitucionalidad. Por ello, lo que suele discutirse en estos procesos es si cierto sujeto cometió o no un delito y, en su caso, bajo qué modalidades; si un padre incumplió o no con sus obligaciones alimentarias y, en su caso, qué consecuencias le acarrea ello; si un trabajador fue despedido o no correctamente y qué tipo de derechos le generó tal situación, etc. Aún en la apelación y como continuación del juicio natural, la litis a resolver tiene que ver, *grosso modo*, con la manera en la que el juez de primera instancia identificó los hechos y/o aplicó las normas, pero no, también en principio, con la constitucionalidad de éstas. Las normas generales no son, pues, el elemento central del juicio sino, a lo más y como ahora veremos, una posibilidad adicional determinada por la supremacía constitucional antes expuesta.

En segundo lugar, si las normas no son el objeto inicial ni central del juicio, éste no tiene por qué verse encaminado a darle cabida a las cuestiones atinentes a ellas. Las partes litigantes serán aquéllas que se encuentren disputando intereses contrarios en un litigio, pero no las autoridades que deban defender la constitucionalidad de sus normas; los hechos a demostrar serán los que permitan actualizar las normas relacionadas con sus intereses particulares, pero no los que tengan que ver con el modo de producción de la norma general, etc.

En tercer lugar, la sentencia tampoco tendrá que atender de manera directa y central a la constitucionalidad de la norma. Al no ser esta operación el objeto del juicio, la misma no tiene porque verse recogida en la parte decisoria del fallo. Hacerlo sería extravagante: algo así como responder a lo que en principio nadie litiga.

Si lo anterior demarca de manera negativa las diferencias entre los dos tipos de control de que venimos hablando, queda por resolver la cuestión en términos positivos: **¿qué sí es el control difuso?** Es la competencia que permite considerar en un proceso no dirigido expresamente hacia tal fin, si una norma es o no contraria a la Constitución. Si ello es así, el modo de enfrentar el problema de la eventual constitucionalidad tendrá que ser (y esto como mera expresión “espacial”) tangencial, en tanto no puede ser central. El trabajo del juzgador no es, en principio, determinar la validez de las normas generales invocadas o aplicables en el juicio, sino resolver la lucha de “intereses juridificados” de las partes. Sin embargo, dada la supremacía constitucional y la obligación de acatarla y mantenerla (art. 133 const.), el propio juzgador asume la tarea de enfrentar las normas contrarias al texto constitucional, para “hacer algo con ellas” dentro del proceso y, específicamente, al resolver la contienda.

El juzgador ordinario, *i. e.*, aquél que no tiene como competencia directa el control (concentrado) de constitucionalidad, puede encontrar, *motu proprio* o a instancia de parte, que una de las normas mediante las cuales debe resolver el litigio es, evidentemente a su juicio, contraria a la Constitución. Por lo mismo, que procede *desaplicarla* al caso concreto, es decir, a hacer *como si* la misma no formara parte del ordenamiento y, con base en ello, resolver lo que corresponda. Si se trata de la materia “civil” a que alude el artículo 14 constitucional (esto es, todas las “materias” excepción hecha de la penal), deberá resolver conforme a los principios generales del derecho; si se trata de la restante, la penal, deberá hacerlo sin incurrir en aplicaciones analógicas o por mayoría de razón.

Visto el tema desde una perspectiva pragmática y dejando de lado el origen de la “noticia” sobre la inconstitucionalidad (*motu proprio* o instancia de parte), lo que podría verse es que el juzgador procediera de la siguiente manera: uno, que expusiera en la parte considerativa de la sentencia los argumentos por los cuales llegó a considerar que cierto precepto es, efectivamente, contrario a la Constitución; dos, que con base en esa conclusión decidiera no aplicar el precepto tenido por inconstitucional al caso concreto; tres, que se hiciera cargo de todas las consecuencias que ello implica para la solución del correspondiente litigio; cuatro, que resolviera el caso con base en los elementos normativos “restantes” y, **finalmente, que en los puntos resolutivos se plasmara esta última decisión, pero no la correspondiente a la constitucionalidad en tanto la misma, insisto, no formó parte de la litis a resolver.**

¿Qué se dijo en “Radilla 2” acerca del control difuso de regularidad constitucional? Para responder a esta pregunta, es preciso atender a lo dispuesto en sus párrafos 26 a 29. En los tres primeros se establece, dicho de manera general, que habiéndose publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011 la reforma en materia de derechos humanos y, específicamente, que al disponer el nuevo artículo 1° en sus tres primeros párrafos el contenido y alcance de tales derechos,¹¹ resulta claro que *todas* las autoridades del país se encuentran obligadas a velar por el cumplimiento de esos derechos, bien sean de fuente nacional (constitucional) o internacional (convencional); que en lo tocante a los jueces, el mandato del artículo 1° debe leerse conjuntamente con el del 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad, “lo cual claramente será distinto al control que tradicionalmente operaba en nuestro sistema jurídico”. A partir de ahí en el párrafo 29 se dijo:

En el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1° en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como si sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), *si están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en la materia.*¹²

Este reconocimiento expreso permitió arribar a la siguiente conclusión que aun cuando aluda en principio al control de convencionalidad y dicho con cierta flexibilidad, más parece declarativa que constitutiva, es decir, más parece un reconocimiento a lo que venía sucediendo que a aquello que terminó estableciéndose, bien puede extenderse:

Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con un modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del

¹¹ “Artículo 1°. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar, los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

¹² Énfasis añadido.

país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.¹³

Es verdad que por la línea argumental establecida en la sentencia, el énfasis está puesto en el tipo difuso de carácter convencional. Sin embargo, las consideraciones expresadas bien pueden ser extendidas a la modalidad difusa de constitucionalidad, específicamente porque se habla de la obligación de llevar a cabo el control de regularidad partiendo de los derechos humanos de fuente constitucional. Es decir y por determinación expresa de “Radilla 2”, todos los juzgadores del país pueden en cualquiera de los procesos que les corresponda conocer, desaplicar las normas generales que a su juicio resulten contrarias a algún precepto constitucional en materia de derechos humanos.

Sin embargo y continuando con el mismo asunto, cabe preguntarse si la propia sentencia limita el parámetro de control difuso de regularidad a las normas constitucionales en materia de derechos humanos (parte dogmática) o si, por el contrario, es posible que los jueces lo realicen a partir de cualquier disposición constitucional (parte orgánica y/o dogmática). Aun cuando en algunas partes de la sentencia pareciera que todos los jueces del país únicamente pueden realizar control difuso teniendo como parámetro de regularidad a los derechos humanos, los párrafos 34 a 36 y el cuadro colocado a continuación de este último, parecen indicar que el control puede realizarse a partir de cualquiera de los preceptos constitucionales y no sólo de los que contienen derechos humanos.

De todo lo anterior resultó que, de manera clara y razonablemente completa, la SCJ estableció en la sentencia “Radilla 2” la posibilidad del control difuso para la totalidad de los juzgadores del país,¹⁴ teniendo como base, en lo que hasta ahora llevo dicho, cualquier precepto constitucional. Con ello se superó la vieja y cíclica discusión en torno a su aceptación, sus modalidades, alcance y efectos.¹⁵ Es verdad que el reconocimiento de este control tiene hasta ahora una base exclusivamente jurisprudencial y, por lo mismo, está sujeto a las contingencias propias de éste (cambios de integración, modificación del criterio mismo, etc.). Sin embargo, también lo es que el Pleno de la Corte lo tiene reconocido en este momento y ello significa, dicho de manera abreviada, que la supremacía constitucional encuentra una pluralidad de garantes en una diversidad de procesos y para fines específicos.

B) Control de convencionalidad

El segundo tipo de control de regularidad es de fuente convencional. Al reformarse el artículo 1º constitucional en las condiciones y fechas señaladas, se estableció que la totalidad de las autoridades del país deberían respetar, además de los derechos humanos de

¹³ Párrafo 34.

¹⁴ Cuando en la sentencia se habla de los jueces, se está aludiendo a la totalidad de los órganos federales, estatales y del Distrito Federal que realizan funciones jurisdiccionales. Ello incluye a los tribunales militares, a los agrarios, a los electorales, a los contencioso-administrativos (y sus antecedentes fiscales), a las juntas y a los tribunales burocráticos, etc.

¹⁵ Sobre los aspectos históricos de estas cuestiones, cfr. Cossío, J. R. “El indebido monopolio constitucional-electoral de la Suprema Corte de Justicia”, *Bosquejos constitucionales*, México, Porrúa, 2004, pp. 377 y ss.; sobre sus fundamentos ideológicos, Cossío, J. R. *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2008, pp. 105 y ss.

fuerza constitucional, los de fuerza convencional. Más específicamente, el artículo 1º habla de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Este solo enunciado abre una serie de interesantes y complejos problemas. Desde luego, determinar cuándo un tratado internacional contiene un derecho humano, ya que por la forma de redacción del precepto constitucional lo que se está garantizando es la protección de los derechos humanos contenidos en cualquier tratado y no de los derechos contenidos en los tratados en materia de derechos humanos. Este problema, que por lo demás no vamos a enfrentar aquí, plantea una cuestión adicional en lo concerniente a la forma en la que esos derechos de fuerza convencional habrán de ser “utilizados” para llevar a cabo el control de regularidad. Dicho a modo de pregunta, ¿en dónde, cómo y para qué, por decirlo así, se actualiza el parámetro de convencionalidad?

1. Concentrado

Al tratar del control de constitucionalidad de tipo concentrado, determinamos sus características más relevantes. Entre ellas consideramos sobre todo lo relativo al hecho de que el objeto de impugnación se hacía consistir en una norma general y, finalmente, en la posibilidad de su expresa declaración de invalidez. Para no repetir lo ya dicho sobre ese tipo de control, directamente me pregunto si resulta o no posible realizar el control concentrado a partir del parámetro de convencionalidad. Para terminar sosteniendo que ello es posible, tendrían que satisfacerse las siguientes condiciones: que una norma general fuera el objeto inicial del litigio; que el litigio se desarrollara teniendo a la validez de la norma general como objeto central;¹⁶ que el parámetro de validez de la norma cuestionada fuera un derecho humano contenido en un tratado internacional y, finalmente, que la sentencia que diera fin al litigio fuera a pronunciarse expresamente sobre la validez de la norma general impugnada.

Dadas estas condiciones, ¿a que dio lugar la sentencia “Radilla 2” en materia de control concentrado de convencionalidad? Lo primero que al respecto debemos señalar es que en la sentencia no hay respuesta expresa a esta interrogante, ya que en la parte correspondiente se analizó lo relativo al control difuso de convencionalidad que enseguida consideraremos. Sin embargo, cabe decir que implícitamente podría haber una consideración, específicamente en el párrafo 30:

De este modo, el mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control como el que se indica en la sentencia que analizamos (“Radilla 1”) si el mismo no parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1º y 133 y es parte de la esencia de la función judicial.¹⁷

¹⁶ De manera adicional y no se si por completo determinante, podría pensarse también que el proceso litigioso debiera tener especificidades propias. Sin embargo, considero que ello bien puede quedar comprendido en este segundo punto, ya que si el proceso mismo está encaminado a analizar la validez de la norma, su especificidad terminará derivando de ello.

¹⁷ Entiendo que puede haber una conexión entre ambos temas, pues si bien es cierto que el párrafo alude al control de convencionalidad *ex officio* o difuso, también lo es que al mismo lo coloca dentro de las

Con independencia de si efectivamente se encuentra o no contenida en “Radilla 2” el control concentrado de carácter convencional, lo cierto es que el mismo se irá decantando en los temas de procedencia propios de cada uno de los tres grandes procesos identificados con el control concentrado. Es posible, desde luego (aun cuando no por ello deseable), que tanto en el amparo como en las controversias y acciones, los juzgadores federales y en particular los ministros, estimen que el único tipo de control que puede llevarse a cabo es el de constitucionalidad y que, por lo mismo, sean improcedentes las correspondientes acciones en contra de violaciones a los derechos humanos de fuente convencional. Podrían decir que una vez superado el requisito de procedencia, será posible llevar a cabo el análisis que tome en cuenta la interpretación *pro persona* más favorable, lo cual, podría seguirse diciendo, no supone superar el problema de admisibilidad.

Debido a que en “Radilla 1” no se enfrentó directamente este problema, no es posible extraer directamente una solución extendible a todos los procesos de control concentrado. Será en las futuras decisiones de cada uno de esos procesos, especialmente al resolverse los correspondientes recursos de reclamación, donde se determinará este aspecto.¹⁸ Lo que sí es importante destacar es que en caso de que no se admita el control concentrado de convencionalidad, no será posible impugnar y analizar la validez de las normas generales a la luz de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales. Ello no sólo afectará al amparo y, lo que es verdaderamente importante, a las posibilidades de defensa de los particulares frente a los actos de autoridad, sino a las posibilidades de que la SCJ pueda declarar la invalidez de ese tipo de normas por considerar que afectan a los derechos de las personas aun cuando las acciones hayan sido promovidas por órganos u órdenes jurídicos (controversias y acciones).

2. Difuso

El control difuso y sus alcances quedaron también identificados líneas arriba. Para efectos de continuidad expositiva, baste decir que de manera positiva lo caracterizamos como la competencia que permite considerar dentro de un proceso no dirigido expresamente a tal fin, si una norma es o no contraria a la Constitución. Por lo mismo, hablar del control difuso de convencionalidad sería lo mismo, sólo que sustituyendo la expresión “Constitución” por la de “derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”. En este caso, cualquiera de los juzgadores que se encuentre desahogando un proceso, seguirá teniendo como tarea primordial la resolución de lo que dimos en llamar la “lucha de intereses juridificados” de las partes. Sin embargo, lo que ahora surge es la necesidad de averiguar si al momento de actuar puede desaplicar una norma general por considerarla contraria a un derecho humano de fuente convencional.

Regresando al citado párrafo 29, en su parte final leemos:

condiciones de operación del control general y ahí es donde, me parece, tiene cabida la posibilidad concentrada de convencionalidad, esto es, en el sistema general.

¹⁸ Al respecto, véase lo fallado por el Pleno de la SCJ en el recurso de reclamación 130/2011 en la sesión de 26 de enero de 2012. De igualmente, es importante atender a lo que el Pleno resuleva en las contradicciones de tesis 21/2011-PL y 293/2011-PL (la primera de éstas discutida en la sesión de 12 de marzo de 2012, cuyo proyecto fue desechado a fin de que se presentara un nuevo estudio).

Si bien los jueces no pueden hacer (se entiende que en el control difuso) una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren *contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados* (como si sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), si están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores *dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en la materia*.¹⁹

A diferencia de lo que apuntamos en materia de control concentrado de convencionalidad, en “Radilla 2” se hicieron consideraciones expresas en cuanto a las posibilidades y alcances de control difuso con ese mismo parámetro. Por lo mismo, cuando los juzgadores del país, todos ellos, consideren que la norma general que deben aplicar en un juicio es contraria a un derecho humano contenido en un tratado internacional celebrado por el Estado mexicano, deberán dejar de aplicar el precepto y resolver en consecuencia. Para no abundar en demasía, todo lo dicho del control difuso de constitucionalidad opera aquí también, incluido el tema de los efectos dependiendo de si se trata de un asunto penal o civil (*lato sensu*).

IV. La protección *pro persona* por todas las autoridades del país

Al reformarse el artículo 1° constitucional el 10 de junio de 2011, su tercer párrafo quedó redactado de la siguiente manera: “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”.²⁰

Al dictar la sentencia “Radilla 2” la SCJ estableció el entendimiento de este párrafo como tercer elemento estructural de protección de los derechos humanos (en adición a los controles concentrado y difuso). En efecto, en el párrafo 27. dispuso que

todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como principio pro persona”.²¹

A su vez, en el párrafo 35. se insistió en la idea anterior y se acotó en parte su alcance:

¹⁹ Énfasis añadido.

²⁰ En la parte final del mismo párrafo se agrega: “En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley”.

²¹ Énfasis añadido.

Finalmente, es preciso reiterar que todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes, haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas.

Si consideramos en conjunto ambas determinaciones, resulta que mediante la sentencia “Radilla 2” la SCJ le dio un amplio alcance a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 1° constitucional. Más que dejar el sentido como mera “retórica constitucional”, entendió que se estaba frente a una determinación normativa estricta y que ello habría de generar consecuencias jurídicas. Es verdad que la Corte no fue mucho más allá en establecer sus alcances, ni fijó los efectos precisos de su resolución. Sin embargo, al establecer el alcance obligatorio de la interpretación *pro persona* respecto de *todas* las autoridades del país, generó una condición estructural de la mayor importancia cuyas consecuencias, por lo demás, pueden inferirse si se lee la resolución de manera conjunta con el citado párrafo tercero.

Comencemos con un descarte. ¿Qué no es la protección *pro persona*? Desde luego, no es un control de regularidad (ni difuso ni concentrado). Por lo mismo, las autoridades del país, todas ellas, no pueden declarar la invalidez de normas generales, ni pueden dejar de aplicarlas en los casos en los que estimen que son contrarias a un derecho humano de fuente constitucional o convencional.

¿Qué sí es la protección *pro persona*? Básicamente, un principio de interpretación para que todas las autoridades del país lleven a cabo la protección más amplia de los derechos humanos de todos los habitantes del territorio nacional. Aquí hay varias cosas que conviene aclarar. Primeramente, ¿a qué nos referimos con “todas las autoridades del país”? A un concepto muy amplio a fin de englobar, con independencia de si pertenecen al orden constitucional, al federal, al del Distrito Federal, a los estatales o a los municipales, a los órganos de producción normativa que puedan ser identificados como “autoridades públicas”, ello sin tomar en cuenta su carácter legislativo, ejecutivo, jurisdiccional o cualquier otra forma de identificación orgánica imaginable (órganos constitucionales autónomos, por ejemplo). En segundo lugar, ¿a qué se encuentran obligadas esas “autoridades”? A llevar a cabo las “operaciones jurídicas” necesarias para encontrar de entre la totalidad de los derechos humanos de fuente constitucional o convencional que pudieran resultar “aplicables” a una determinada persona, no sólo el derecho que más le favorezca sino, adicionalmente, aquélla interpretación de ese derecho que le sea más propicia.²² En tercer lugar, a realizar esas operaciones en condiciones específicas o, si se quiere, siguiendo un protocolo preestablecido. De una parte, buscando “promover, respetar, proteger y garantizar” los derechos humanos y, de otra, haciéndolo en condiciones tales que su “universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad” queden debidamente satisfechas. Finalmente y como síntesis de lo anterior, las operaciones llevadas a cabo

²² Esta manera de proceder es desde luego muy compleja, pues las consideraciones de los derechos aplicables suelen darse en condiciones de disputa respecto a los de otras personas; la autoridad tiene que imaginar no sólo cómo proteger y armonizar ambos sino, adicionalmente, qué interpretación de ellos les resultará más favorable y, finalmente, asignarle los mayores efectos protectores en las condiciones de ponderación *inter partes* acabada de señalar.

deben estar encaminadas a afectar, por decirlo así, las determinaciones normativas generadas por cualquier órgano (legislativo, ejecutivo, etc.) de cualquier orden jurídico (federal, estatal, etc.). Consideremos un ejemplo. Cuando el legislador de un Estado o un empleado administrativo deban emitir una ley o un acto, respectivamente, deberán considerar la manera de construir una u otro a fin de, repito, identificar qué derechos humanos pueden resultar afectados con su actuación para, a partir de ahí, encontrar de entre todas las interpretaciones posibles a ese derecho, la que resulte más favorable a la persona, sea ésta imaginada de manera abstracta por el legislador (una especie de “hombre promedio”) o identificada concretamente por el órgano de administración.

Para terminar con el desarrollo de este tema, vale la pena señalar que por las condiciones “omni-atractivas” de nuestros medios de control (concentrado) de regularidad, primordialmente de carácter constitucional, es posible advertir que la mayor parte de las decisiones tomadas por las autoridades públicas el país pueden llegar a ser revisadas por las autoridades jurisdiccionales federales. Primordialmente mediante el juicio de amparo será factible revisar a través de una operación tan habitual como el control de la motivación por vía del artículo 16 constitucional, si las autoridades identificaron y, en las condiciones apuntadas (universalidad, progresividad, etc.) crearon su norma o acto, teniendo en cuenta la interpretación más favorable a la persona. Gracias a esta posibilidad es que las determinaciones constitucionales contenidas en el párrafo tercero del artículo 1° no terminan siendo mero discurso, sino que y al menos como posibilidad, pueden llegar a constituirse en elementos determinantes de la dinámica jurídica nacional.

Vuelvo a señalar que mucho de lo que acabo de decir sobre la interpretación *pro persona* y sus alcances normativos, no se encuentra explicitado en la sentencia “Radilla 2”. Sin embargo, lo que sí es claro es que la solución general sí está establecida en ella y que las consecuencias que en lo personal le asigno bien pueden inferirse con sólo imaginar las funciones ordinarias del mecanismo enunciado en la propia resolución en comentario.

V. El parámetro del control de regularidad y de la interpretación *pro persona*

Si volvemos a lo establecido en los tres primeros párrafos del nuevo artículo 1° de la Constitución, de inmediato surge el problema de establecer el modo en el que deberán ser articulados los derechos humanos de fuente constitucional y de fuente convencional a efecto de realizar las tres operaciones jurídicas que hasta aquí llevamos identificadas (controles concentrado y difuso y principio *pro persona*). Dicho en otros términos, se trata de saber si entre los derechos de ambas fuentes se surte una especie de jerarquía o no, o si con independencia de ésta hay prelación, por ejemplo.

A) El problema de la jerarquía y sus efectos sobre el parámetro de regularidad y de la interpretación *pro persona*

Como principio de ordenación es necesario dilucidar un primer punto: ¿las determinaciones del artículo 1° eliminan la jerarquía entre la Constitución y los tratados internacionales (al menos los de derechos humanos) o, por el contrario, la mantienen? Si este segundo fuera el caso, ¿de qué manera? Lo primero que debemos señalar es que en “Radilla 2” no se dio una

respuesta directa a ninguna de las cuestiones planteadas. El tema se soslaya para considerar el modo en que unos y otros derechos deben ser usados a efecto de llevar a cabo los correspondientes controles de regularidad o de interpretación más favorable. Sin embargo, desde el momento en que y como no podía ser de otra manera, el fundamento de diversos aspectos de la sentencia es el artículo 133 constitucional, es posible suponer que la SCJ sigue sosteniendo la relación jerárquica entre la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Así lo evidencia lo establecido en los párrafos 28. a 31. en tanto, insisto, se enuncia la relación entre la Constitución y todos los tratados internacionales en términos del mismo artículo 133, lo cual significa que éstos deberán estar “de acuerdo” con la Constitución.

Jurídicamente hablando, estar de acuerdo significa que no haya contradicciones entre la norma inferior y la superior en los aspectos orgánicos, procedimentales y/o materiales. De ahí extraigo la idea de que y con independencia de lo que disponga el artículo 1° en su nueva redacción, la relación jerárquica siguió reconociéndose en “Radilla 2”. De ser este el caso, ¿qué implicaciones tiene el asunto para la realización de las tres operaciones de que venimos hablando? Si consideramos las cosas en su situación ordinaria, la jerarquía implica que las normas identificadas como inferiores (en este caso los tratados internacionales) en ningún caso podrían contradecir lo establecido por las consideradas superiores. Permitirlo sería tanto como destruir el concepto mismo de jerarquía y expresarse de manera francamente equívoca. Si las normas de los tratados fueran estimadas inferiores a las de la Constitución, ello significaría que (además de los aspectos orgánicos y procedimentales relacionados con su aprobación) los contenidos de los primeros nunca podrían ir más allá de los contenidos de los segundos, aun cuando conllevaran beneficios para todos los sujetos o ciertas categorías de ellos.

Lo interesante y novedoso de “Radilla 2” radica en la manera en que se abrió una dualidad en la manera de relación entre los derechos humanos constitucionales y convencionales. En primer lugar y como ya lo apunté, se mantuvo la idea de que entre unos y otros sí existe relación jerárquica y que ésta, por su modo de operación, se actualiza más a nivel de las fuentes normativas de unos y otros (Constitución y tratados) que a nivel de los contenidos de los derechos mismos. En segundo lugar y derivado precisamente del modo de actualización de la relación jerárquica más por fuente que por derecho, la jerarquía termina actualizándose primordialmente a nivel de los órganos y de los procedimientos o, lo que es igual, más en el ámbito formal que en el material. En tercer lugar y nuevamente como consecuencia de lo anterior, que la manera de impugnar en su caso la invalidez de un tratado frente a la Constitución y con ello, demostrar la condición jerárquica aludida, será el señalamiento de la falta de atribuciones del “representante” del Presidente de la República en la negociación del tratado, la carencia del correspondiente quórum (de asistencia o de votación) por parte del Senado o la inobservancia de ciertas etapas procesales “trascendentes”, por ejemplo. Finalmente y más como especulación propia que como derivación de lo sostenido por la SCJ, advierto la posibilidad de jerarquía material a partir de lo dispuesto en el artículo 15 constitucional.

Con motivo de la citada reforma constitucional del 10 de junio del 2011, se modificó el artículo acabado de citar para quedar de la siguiente manera:

Artículo 15.- No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

La primera parte del precepto es clara por lo que, en principio, no hay problemas en cuanto a la determinación de jerarquía: si se celebrara un tratado internacional que diera lugar a cualquiera de las condiciones ahí previstas, sería posible plantear su inconstitucionalidad. Esta última se declararía, con independencia de la manera en que las consideraciones de la resolución se expresaran con base en el principio de jerarquía, pues la norma inferior (tratado internacional) no podría contradecir lo previsto en la superior (Constitución). La segunda parte del precepto, debido a su falta de técnica jurídica o, más aún, a la falta de claridad en los conceptos, da lugar a equívocos importantes, algunos de los cuales podrían tener que ver con la jerarquía.

Tiene sentido afirmar que “no se autoriza la celebración... de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución...”, debido a que ello implica, nuevamente, el reconocimiento de jerarquía entre la Constitución y los tratados internacionales. Sin embargo y como enseguida veremos, este problema quedó prácticamente superado mediante la sentencia “Radilla 2” en tanto se posibilita que los derechos humanos (*lato sensu*) se integren en una sola unidad o “parámetro”, a efecto de cumplir con las condiciones de control de regularidad e interpretación *pro persona* que enseguida detallaré. Ello, sin embargo, no supera por completo el tema de qué hacer en el caso de que se plantee un medio de control de regularidad constitucional en contra de un tratado por considerar que aún cuando en este se reconozca un derecho humano, el mismo es contrario a lo establecido en otro de fuente constitucional. Lo único que aquí habría que decir es que, y al menos como posibilidad, sí es posible hablar de una relación jerárquica entre Constitución y tratados en materia de derechos humanos, siempre que por virtud de los segundo “se alteren” los reconocidos en la primera. El peso de todo el problema estará en saber a qué se alude con la expresión “se alteren”: ¿ello conlleva cualquier tipo de diferencia entre ambos derechos o, por el contrario, no implica la ampliación de los derechos establecidos en la Constitución por virtud del contenido de los derechos de fuente convencional? La respuesta no está dada en “Radilla 2” ni, hasta donde sé, ha sido objeto de determinación por la SCJ. Para no apresurar aquí una respuesta a un tema que requiere estudio propio, lo único que deseo concluir es que, como lo mencionaré en el siguiente apartado, en caso de no determinarse la inconstitucionalidad del tratado o de la correspondiente norma de éste, el juego entre los derechos constitucionales y los convencionales se hará sin considerar la condición jerárquica apuntada.

El segundo problema a que da lugar la segunda parte del artículo 15 reformado, es desde luego más complicada: ¿a qué se alude con la determinación de que “no se autoriza la celebración... de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos... en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. Si asumo el viejo postulado de la dogmática jurídica que dice que el legislador siempre dice

“algo” con sus normas jurídicas, me veo obligado a proponer algunas interpretaciones en lo tocante al tema de la jerarquía.

La primera interpretación posible es considerar que el control de regularidad se realizará a partir del principio, inverso al generalmente admitido, de que la “ley anterior deroga a la posterior”. Esto querría decir que al momento de reformarse la Constitución (10 de junio de 2011), quedó constituido un “conjunto de derechos” de fuente convencional que no podrá ser afectado por los derechos que se establezcan en los tratados internacionales celebrados con posterioridad. De ser posible esta solución, lo que se constituiría como parámetro de validez de los nuevos tratados son los derechos humanos contenidos en los tratados celebrados por el Estado Mexicano con anterioridad a la fecha indicada. La razón de jerarquía quedaría satisfecha de esta manera y, con ello, tendría alguna intelección la parte indicada del artículo 15. Esta solución parte, sin embargo, de una premisa hasta ahora no explicitada. Tendría que aceptarse que la Constitución habla de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales y no de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos y ello querría decir, con todas las dificultades que ello conlleva, que al no poderse dar una jerarquía entre tratados *ratione materiae*, tendría que ser *ratione temporis*.

Una segunda posibilidad interpretativa sería asumir una calificación de los tratados completamente contraria a la anterior. Desde el momento en el que en el artículo 15 se asume la no autorización para celebrar convenios o tratados por los que se alteren los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, se estaría admitiendo una doble jerarquía en materia de tratados internacionales (ella con independencia de la existente entre los propios tratados y la Constitución). No digo entre tratados *per se*, sino en materia de tratados, pues desde el momento en que en la Constitución se habla de los derechos humanos contenidos en los tratados de los que el Estado mexicano sea parte, no se alude al tratado mismo, sino a los contenidos normativos de éste. Lo que resultaría de lo anterior es que no sería posible admitir la validez ni de un tratado internacional que no contuviera derechos humanos, ni de un precepto de un tratado de derechos humanos que no contuviera un derecho humano, ni de un precepto de un tratado que no fuera de derechos humanos, cuando en cualquiera de esos tres supuestos, resultaren contrarios al contenido de un derecho humano, sea que éste se encuentre incorporado en un tratado en materia de derechos humanos o en un precepto de un tratado cuya vocación general no sean los propios derechos humanos. En esta segunda y más plausible interpretación, el criterio de jerarquía sí sería de carácter material, en tanto un tratado internacional o uno de sus preceptos ajeno a los derechos humanos podría ser declarado inválido (que no inconstitucional, o al menos no directamente inconstitucional) por ser contrario a lo previsto en un derecho humano establecido en un tratado internacional.

B) La construcción del parámetro de control de regularidad y de interpretación más favorable

En el apartado anterior concluimos diciendo que una vez aceptada la validez de los tratados internacionales o, lo que es igual, mientras que la invalidez de ellos o de sus normas no sea establecida, se forma un parámetro mediante el cual, por una parte, debe realizarse el

control de regularidad (concentrado y difuso) y, por la otra, llevarse a cabo las interpretaciones *pro persona*. Si todo lo anterior es así, ¿de dónde surgen estas respuestas? Aquí sí del caso “Radilla 2”, expresamente de su parte considerativa. En el párrafo 31. de la sentencia se establece, si bien con respecto al control difuso pero sin duda aplicable a las otras dos operaciones a que hemos aludido (control concentrado e interpretación *pro persona*), lo siguiente:

El parámetro del análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la siguiente manera:

- Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;
- Todos los derechos humanos contenidos en los Tratados Internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte;
- Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.

De los tres aspectos acabados de relacionar, únicamente trataremos en este apartado los dos primeros ya que, por una parte, la primera parte del último ya lo consideramos cuando revisamos en el primer apartado la obligatoriedad de las sentencias de la CoIDH, y el último será objeto del apartado siguiente. Dicho lo anterior, ¿de qué manera debemos entender la relación existente entre los derechos humanos de fuente constitucional y los de fuente convencional?

A mi parecer, al desarrollar ambos elementos la SCJ no estableció una relación jerárquica entre ambos, tal como lo acabamos de considerar en el apartado anterior. Por el contrario, lo que existe es una relación más sutil entre ambos elementos donde, repito, una vez determinada (o, lo que aquí es igual, no habiéndose cuestionado) la validez de los tratados o de sus normas, los derechos constitucionales y convencionales deben aplicarse en igualdad de circunstancias. Lo que aquí importa destacar es que aceptada (explícita o implícitamente) la validez de las normas convencionales, los operadores jurídicos deben (mediante el control de regularidad concentrado o difuso, o de la interpretación más favorable), aplicar indistintamente los derechos constitucionales o los convencionales *como si* ambos estuvieran colocados en igualdad jerárquica. Es decir, una vez superado el pedigrí constitucional de los tratados internacionales en materia o con preceptos de derechos humanos, el concepto de jerarquía quedará borrado a fin de dar lugar a un parámetro materialmente unitario mediante el cual habrán de hacerse las tres operaciones jurídicas ya mencionadas. Este aspecto, me parece, se infiere directamente del párrafo 33. de la sentencia “Radilla 2” que, aun cuando de manera directa esté referido al control difuso que ejercen los jueces, también puede extenderse al concentrado y a la interpretación *pro persona*:

- **Interpretación conforme en sentido amplio.** Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a *los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*
- **Interpretación conforme en sentido estricto.** Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a *los derechos humanos establecidos 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.*
- **Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.** Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva *de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.*²³

Como lo evidencia esta parte de la resolución, la SCJ dispuso que entre los preceptos constitucionales y los convencionales no existen relaciones jerárquicas a efecto de llevar a cabo las tres operaciones señaladas, sino que unos y otros deben entenderse y aplicarse de manera coordinada. Lo que si bien no fue dicho con estas palabras sí queda evidenciado en este párrafo de la resolución, es el hecho de que la ordenación paritaria tiene como finalidad el cumplimiento de una función puramente instrumental: lograr la más amplia protección de los sujetos mediante la garantía de los derechos humanos. Si los derechos humanos son un todo material en el que, repito, en determinado momento el concepto de jerarquía no determina las condiciones de aplicación o, en general, de su uso, ¿mediante qué concepto se articula esta aplicación o, dicho con más claridad, mediante qué idea se determina la aplicación preferente de un derecho sobre el resto de ellos? ¿Qué hace, dicho de otra manera, que en un determinado momento (jurídico, se entiende) un operador jurídico “elija” un derecho convencional sobre uno constitucional o, por el contrario, uno constitucional sobre uno convencional o, finalmente, uno constitucional o convencional sobre otro de la misma clase? La respuesta está dada en el mismo párrafo 33. acabado de transcribir. Deberá elegir aquél derecho que, con independencia de su fuente originaria, favorezca “en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Frente al tradicional principio de jerarquía que por lo ya dicho quedó desplazado, surge un principio de ordenación funcional o, apurando un poco las cosas, de carácter teleológico. Lo que el aplicador (*lato sensu*) de la norma debe hacer es encontrar y darle sentido al derecho humano que, a su juicio, más favorezca al sujeto que se encuentre sometido a la situación jurídica objeto de su competencia. Pensemos brevemente en las tres posibilidades a que dio lugar “Radilla 2” para ver el modo en que puede actualizarse la solución teleológica. Si se tratara del control concentrado y con independencia del problema de procedencia en cualquiera de los tres medios de impugnación por violaciones a los

²³ Énfasis añadidos.

derechos humanos de fuente convencional, cabe admitir que el parámetro de validez de los actos o normas cuestionados bien puede consistir en algún precepto de carácter constitucional o convencional, donde la elección de uno u otro debe provenir, insisto, de la que el juez considere la posibilidad más amplia de protección para la persona. Ante un caso concreto podría ser que el derecho de fuente constitucional fuera más favorable a la persona y, por lo mismo, que él debiera ser la opción del juzgador federal;²⁴ en otro, por el contrario, podría ser que el derecho de fuente convencional otorgara mayor protección que el derecho constitucional y, por lo mismo, ésta debiera ser la opción del propio juzgador.²⁵

Un segundo caso se daría si el juzgador ordinario se encontrara en situación en la que *ex officio* o a petición de parte, tuviera que decidir si una de las norma que debe aplicar al caso concreto pudiera resultar inválida. En esta situación concreta, lo procedente sería que el propio juzgador se representara la posibilidad de invalidez de la norma no sólo frente a los derechos constitucionales, sino tanto frente a éstos como a los convencionales para, a partir de ahí, determinar si desaplica o no la norma cuestionada y, en su caso, para qué efectos. La tarea en este caso es enorme, pues el juzgador tiene que construir un modelo de confrontación entre los preceptos aplicables y, potencialmente, *todos* los preceptos que contengan derechos humanos para, desde ahí, tomar su decisión, teniendo como único parámetro de ordenación el mayor beneficio de la persona. El tercer caso se explica a partir de las consideraciones hechas para las dos posibilidades anteriores. La autoridad que deba emitir una norma jurídica, sea ésta legislativa, administrativa o, incluso, judicial, debe encontrar el derecho que más favorezca a las personas y, posteriormente, individualizar la norma a partir de la interpretación que estime más favorable a ella, nuevamente, sin filtrar su elección a partir de la fuente que contenga el derecho humano.

VI. Los precedentes de la CoIDH

Al comienzo de este trabajo dimos cuenta del modo como la SCJ estimó la obligatoriedad de las sentencias dictadas en contra del Estado mexicano por la CoIDH en aquellos casos en los que éste hubiera sido parte en el correspondiente litigio. Sin embargo, queda un problema adicional por resolver: ¿qué estatus tienen las sentencias de la propia CoIDH para el Estado mexicano y sus órganos, en todos aquellos casos en los que éste no hubiera sido parte en el litigio? En nuestro lenguaje tradicional, esta pregunta nos conduce al ámbito de la obligatoriedad de la jurisprudencia o, en términos más generales y dada la conformación de la parte obligatoria de las sentencias de la CoIDH, al ámbito de la obligatoriedad de los precedentes de ésta.

Este tema, si bien de manera lacónica, fue resuelto expresamente en el párrafo 31. de la sentencia “Radilla 2” en los términos siguientes: “El parámetro del análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la siguiente manera: ...

²⁴ Véase lo resuelto por el Pleno de la SCJN en el amparo en revisión 151/2011 en la sesión de 12 de enero de 2012, respecto al traslado de reos.

²⁵ Al respecto, véase lo resuelto por el Pleno de la Corte en la Acción de Inconstitucionalidad 155/2007, promovida por el Procurador General de la República en contra de diversos artículos de la Ley de Prevención de las Adicciones y el Consumo Abusivo de Bebidas Alcohólicas y Tabaco del Estado de Yucatán, que establecían que una autoridad administrativa podía imponer trabajos comunitarios forzosos como sanciones.

criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte”.²⁶ No es el caso analizar aquí los muchos problemas a que da lugar un sistema de precedentes,²⁷ ni el del Sistema Interamericano en lo particular.²⁸ Para avanzar digamos que sería la *ratio decidendi* de cualquiera de las resoluciones contenciosas dictadas por la CoIDH.²⁹ Si esto es así, me vuelvo a preguntar, ¿de qué manera debe entenderse el carácter “orientador” de la *ratio decidendi* de cualquiera de las resoluciones contenciosas dictadas por la CoIDH en los casos en que el Estado mexicano no hubiere sido parte?

La cuestión relevante radica en identificar el alcance jurídico del término “orientador”, pues el resto de las cuestiones que pudieran surgir encuentra fácil explicación a partir de todo lo ya dicho. En efecto, no parece haber mucho problema en entender que aquello que se determine como “orientador” operará respecto de los juzgadores del Poder Judicial de la Federación cuando realicen control concentrado de convencionalidad, respecto de todos los juzgadores del país cuando realicen control difuso de convencionalidad o respecto de todas las autoridades del país cuando al actuar y realizar las correspondientes individualizaciones normativas, actualicen el sentido *pro persona* de cualquier derecho de fuente convencional. Tampoco habría problema en admitir que y aun cuando “Radilla 2” no lo haya previsto así, sea posible que cualquiera de los órganos acabados de mencionar realice un control de constitucionalidad (concentrado o difuso) o una interpretación *pro persona* de un derecho de fuente constitucional teniendo en cuenta los criterios de la CoIDH. El problema sigue siendo el modo como debe acudir o utilizar esos criterios, es decir, que el juzgador se “oriente” por ellos.

Si seguimos la vía del descarte, es posible asignarle una primera acepción a este término. En el mismo párrafo 31. se distingue entre el efecto “vinculante” de las sentencias dictadas en los litigios en que el Estado mexicano haya sido parte, del efecto “orientador” de los precedentes establecidos en resoluciones en las que el Estado mexicano no lo haya sido. En este contexto, “vinculante” pareciera querer decir obligatorio lo cual, a su vez, admite dos entendimientos: por una parte, un criterio de validez normativo por virtud del cual sería posible anular todas aquellas normas jurídicas que no adoptaran el elemento identificado como obligatorio; por otra, la condición de un acto coactivo consistente en no acatar el contenido obligatorio. Con independencia de cuál sea el alcance que la SCJ le de a la expresión “vinculante”, es claro que lo “orientador” debe diferenciarse de él de manera radical. Por lo mismo y teniendo a la vista el primer sentido, podemos decir que esta expresión significa, en principio, que cada órgano está en libertad de darle contenido a los

²⁶ Énfasis añadido.

²⁷ Para una visión general de lo que entiendo por ello y dado que a esto es a lo que dan lugar las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, cfr. Cossío, J. R. *La controversia constitucional*, pp. 698-716.

²⁸ En relación con este tema, cfr. García Ramírez, (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericano de Derechos Humanos* (5 vols.), México, IJ-UNAM, 2006 y Faúndez Ledezma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, tercera edición, 2004.

²⁹ Esta definición excluye a las “opiniones consultivas” de la propia CoIDH, ello en atención a que su obligatoriedad (que no su carácter “orientativo”) se encuentra en duda, aun por la propia CoIDH. Al respecto, cfr. Opinión Consultiva, OC-1/82, párrafo 51 y Opinión Consultiva OC-15/97, párrafo 26.

derechos humanos de fuente convencional o, inclusive y en las condiciones apuntadas, constitucional, atendiendo a lo establecido por la CoIDH y que en caso de no hacerlo, ello no puede reparar responsabilidad alguna. Sin embargo, hay dos cuestiones adicionales que conviene aclarar.

La primera de ellas es que el órgano superior a aquél que no consideró los precedentes de la CoIDH en las situaciones apuntadas, puede revocar la decisión del inferior atendiendo a lo dispuesto por ellos. Esta situación debe verse más como resultado de la posición jerárquica de un órgano sobre otro y como ejercicio *ad libitum* de su facultad para “orientarse” por los precedentes de la CoIDH, que como resultado de algún tipo de “vinculación”. La segunda de ellas es que el precedente de la CoIDH bien puede ser incorporado como jurisprudencia (en amparo, por ejemplo) o precedente (en controversias constitucionales o acciones de inconstitucionalidad, básicamente) por algún órgano jurisdiccional mexicano y, entonces sí, adquirir el carácter de “vinculante”. Sin embargo, aquí es preciso entender que tal condición se dará a partir de la aceptación hecha por el órgano nacional del contenido interamericano y que, con todo y lo formal que se quiera, lo obligatorio será el criterio nacional. Una vez establecido este criterio, la totalidad de los órganos jurisdiccionales nacionales se encontrarán obligados a acatarlo, so pena de ver revocados sus actos y, tratándose de los juzgadores del Poder Judicial de la Federación, so pena de verse sancionados por haber incurrido en una actuación negligente. Por lo que hace al resto de las autoridades (no jurisdiccionales) del país, el no acatamiento puede llegar a producir la invalidación del acto o norma que hubieren emitido. Dadas las condiciones de elaboración de la sentencia “Radilla 2”, lo relevante para las autoridades mexicanas no es el criterio de la CoIDH, sino el modo como su parte sustantiva quedó plasmada en el criterio nacional.³⁰

³⁰ Finalmente, si la falta de acatamiento de éstas últimas a los criterios interamericanos en los casos en los que México no haya sido parte es o no causa de responsabilidad, es una cuestión diversa que aquí no vamos a considerar, por no derivarse directamente de “Radilla 2”.