

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD¹

Marco Antonio Brambilla Ramírez

Resumen

El “control de convencionalidad” es un mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una 'comparación' entre el derecho local y el supranacional conocido como control difuso, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y luego esa tarea debe ser ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos si es que el caso llega a sus estrados, este último mecanismo se denomina control concentrado.

Uno de sus principios fundamentales lo constituye el objeto mismo de este mecanismo, los derechos humanos, también integran estos principios los sujetos pasivos y activos siendo los primeros los estados firmantes de los tratados internacionales mientras que los gobernados constituyen los segundos, además de los principios mismos de un Estado de Derecho.

Por otra parte el control de convencionalidad está acotado a la esfera jurídica, pues aunque esta pueda incluir diferentes materias como la contenciosa administrativa, la aplicación en sí misma no está permitida a las autoridades administrativas en los actos propios de la administración pública.

En relación a los mecanismos de control propiamente dichos, nos encontramos con dos vertientes, el control concentrado y el control difuso, estando el primero a cargo de una instancia supranacional o nacional mientras que el segundo está a cargo de los tribunales comunes ya sea de gobiernos nacionales o subnacionales.

En relación a las adecuaciones necesarias dentro del Estado Mexicano estas se refieren a una renovada visión y tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la cual se pronuncia sobre el 133 Constitucional en concordancia con la reforma al artículo primero de la Ley Suprema.

¹ Ensayo realizado para la asignatura Adecuación del Estado y la Administración Pública en México Programa de Doctorado en Administración Pública, ISAP

Introducción

En este trabajo se aborda en forma tan sucinta como fuese posible, puesto que literalmente se han escrito ríos de tinta sobre este tema, lo que hoy se denomina *control de funcionalidad*, como el mecanismo mediante el cual en cada Estado Soberano, se da cumplimiento obligatorio a pactos o tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

Teniendo como principio fundamental los atributos de las personas sólo por el hecho de serlos más allá de pertenecer a una nacionalidad en particular.

Se presentan, en forma general, los límites a acotaciones dentro de las disposiciones que rigen el Estado Mexicano siendo la esfera estrictamente jurídica la responsable de llevar a cabo este control, mismo que se puede dar en dos vertientes conocidas como control concentrado a cargo de una instancia nacional o supranacional y control difuso a cargo de tribunales comunes.

Finalmente, se presenta en forma breve las transformaciones necesarias para implementar en control de convencionalidad en la aplicación del derecho en México, en efecto, no obstante se establece en forma explícita en el artículo 133 constitucional la consideración como ley suprema, los tratados internacionales firmados por el presidente de la república y que hayan sido aprobados por el senado.

Concepto de control de convencionalidad

Con el vocablo “convencionalidad” sucede lo que con muchas otras palabras que utilizamos, pueden tener varios significados, incluso para el uso ordinario, y una

connotación técnica jurídica, es decir implicar un concepto de esta disciplina social.

Así pues, mientras el Diccionario de la Real Academia Española de la lengua, (Española n.d.) define la convencionalidad como la “cualidad de convencional”, en su acepción jurídica se estima necesario remitirse al organismo internacional que acuñó este importante término jurídico contemporáneo, (C. I. Humanos n.d.), es decir la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo presidente el Humbero A. Sierra Porto, lo ha conceptualizado como:

“En la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte IDH), ha surgido el concepto control de convencionalidad para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia.”

De lo que colegimos que el concepto completo de esta novedosa herramienta jurídica, que, por cierto, apareció (Justicia n.d.) “por primera vez en la jurisprudencia de la Corte IDH”, en la sentencia pronunciada el 26 de septiembre de 2006, en el caso Almonacid Arellano y otros Vs Chile, se administró más bien a la expresión “control de convencionalidad”, como un todo.

Principios Subyacentes

El primero de los elementos a destacar es el objeto mismo: los derechos humanos, para cuya conceptualización acudimos al preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica, en donde se dice que estos (oea n.d.) “tienen como fundamento los

atributos de la persona humana” ***más allá de ser nacional de un determinado*** Estado.

El segundo de los elementos tiene que ver con el sujeto pasivo de la obligación: los Estados, y particularmente los suscriptores y ratificantes del Pacto de San José de Costa Rica, ello, ante la Organización de los Estados Americanos como sujeto activo de carácter internacional; mientras que como sujeto activo de carácter nacional lo es, precisamente, el gobernado o la persona. En la primera de las relaciones subyace el principio de *pacta sunt servanda*, - lo pactado obliga – que se traduce, incluso, en el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otro lado, desde la perspectiva de la relación Estado-Gobernado, subyacen cuando menos, los principios del Estado de Derecho mismo, partiendo del principio de seguridad jurídica, de la relación jurídica de subordinación y el modelo Kelseniano de la jerarquización de normas.

Límites o acotaciones al control de la convencionalidad

En el concepto internacional, el de la OEA, el control de la convencionalidad implica el reconocimiento y protección de los derechos humanos previstos en el Pacto de San José de Costa Rica, “a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia”, es decir, por medio de los mecanismos internos.

Desde la perspectiva del reconocimiento del orden internacional que tutela los Derechos Humanos, México mostró un avance significativo, verdaderamente trascendental, con la modificación hecha en 2011 al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ello, en varios sentidos, primeramente porque ya no se habla del otorgamiento de garantías individuales por parte del Estado hacia los gobernados, sino del reconocimiento de aquél al régimen de derechos humanos que éstos tienen por ser personas; por otro lado, es importante hacer notar que con motivo de las aludidas modificaciones al precepto constitucional en comento, las garantías individuales ahora se erigen como un mecanismo tutelador a los derechos humanos, y quizá lo más importante, es que se eleva al rango de ley suprema, los tratados en materia de derechos humanos que el Estado Mexicano suscriba y ratifique; sin pasar por alto, que se le adicionó el antepenúltimo párrafo (Mexicano n.d.), mismo que a la letra dice:

“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.”

Importante y liberal declaratoria que, empero, no fue acompañada de una reforma también constitucional que definiera los mecanismos para garantizar el cumplimiento de dicha obligación impuesta, ahora, a todas las autoridades, incluidas las administrativas.

¿En qué se basa, entonces, nuestro actual modelo mexicano de control difuso de la convencionalidad? Paradójicamente, en un precepto constitucional que estuvo siempre presente en la actual Ley Fundamental, sí desde febrero de 1917; el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Mexicanos n.d.), que a la letra dice:

“Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se

arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.”

Lo que ha implicado el acotamiento de la aplicabilidad del control difuso de la convencionalidad al ámbito formalmente jurisdiccional, eso sí en todas las materias, incluida la contenciosa administrativa, tanto a nivel Federal como local, empero sin que le sea permisible realizar dicho control *per se* a las autoridades formalmente administrativas, es decir, a las dependencias y entidades de la Administración Pública, ya sea Federal, Estatal o Municipal.

Control concentrado versus control difuso.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al pronunciar la Tesis de Jurisprudencia 2ª./J.16/2014 (Nación n.d.), bajo el rubro “CONTROL DIFUSO. SU EJERCICIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”, en términos por demás claros y elocuentes, conceptuó lo siguiente:

“...La diferencia entre ambos medios de control (concentrado y difuso), estriba en que, en el primero, la competencia específica de los órganos del Poder Judicial de la Federación encargados de su ejercicio es precisamente el análisis de constitucionalidad y convencionalidad de leyes, por tanto, la controversia consiste en determinar si la disposición de carácter general impugnada expresamente es o no contraria a la Constitución y a los tratados internacionales, existiendo la obligación de analizar los argumentos que al respecto se aduzcan por las partes; en cambio, en el segundo (control difuso) el tema de inconstitucionalidad o convencionalidad no integra la litis, pues ésta se limita a la materia de legalidad y, por ello, el juzgador por razón de su función, prescindiendo de todo argumento de las partes, puede desaplicar la norma...”

Lo que significa que el control concentrado se traduce en la protección a los derechos humanos y a las correlativas garantías individuales que representa el

control constitucional vía el juicio de amparo, a cargo del Poder Judicial de la Federación.

Mientras que el control difuso de la convencionalidad, está a cargo de todos los tribunales comunes, ya sea federales o estatales, y que se traduce en la inaplicabilidad de normas jurídicas reglamentarias u ordinarias que normalmente deberían aplicar en la resolución de un caso concreto, empero, que al resultar evidente o notoriamente violatorias de derechos humanos elevados a rango constitucional, el Tribunal de la causa, se ve mayormente constreñido a proteger éstos, en aras de lo dispuesto por el número 133 de la Ley Fundamental, lo que se traduce en que debe de omitir la aplicación de dichas normas ordinarias o reglamentarias, a efecto de proteger los derechos humanos del justiciable.

Implicaciones para el Estado Mexicano

¿Qué ha implicado entonces este cambio de paradigma? Una visión nueva y liberal por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ya que con antelación a que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitiera la Tesis Aislada P.I/2011(10ª.), bajo el rubro “CONTROL DIFUSO”, al resolver la solicitud de modificación de jurisprudencia, el criterio jurisprudencial era en el sentido de negar que el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permitiera a tribunal alguno, realizar el control difuso de la convencionalidad o de la constitucionalidad.

Precisamente, esa Tesis Aislada P.I/2011(10ª.), tuvo el alcance de dejar sin efectos las Tesis de Jurisprudencias 1a./J. 80/2004 y P./J. 74/99, la primera pronunciada por la Primera Sala, y la segunda por el propio Pleno, en ambos casos, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y según las cuales no era permisible realizar el control difuso de la convencionalidad, a pesar del texto expreso en

sentido positivo, del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con posterioridad a esa Tesis Aislada P.I./2011(10ª.), tanto el Pleno y la Segunda Salas, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como los Tribunales Colegiados de Circuito, han pronunciado Tesis de Jurisprudencia, en la cual, ahora sí se admite que es el mismo numeral 133 Constitucional, administrado con el texto modificado del artículo 1º de dicha Ley Fundamental, los que permiten que los tribunales en materia común, ya sean federales o locales, realicen el control difuso de la convencionalidad, por medio de la inaplicación de preceptos, legales, reglamentarios o de normas de carácter general, que vulneren los derechos humanos del justiciable, precisamente por prevalecer éstos, de nivel constitucional, por encima de normas jurídicas de menor categoría jerárquica.

En todo caso para avanzar hacia el control difuso de la convencionalidad por parte de la autoridad administrativa, es imperativo una modificación al artículo 133 Constitucional que así lo permita, pues al ser omiso ese numeral respecto de las primeras, implica que aquellas no puedan desobedecer el mandato del legislativo, a no ser de tratarse de preceptos trascendentes e inconmesuradamente violatorios de derechos humanos, como la imposición de la prohibida pena de muerte, de actos de mutilación, etc.

Conclusiones

- Conforme ha permeado el proceso de globalización de los mercados, éstos van requiriendo de ciudadanos o gobernados “globales”, para lo cual es imprescindible avanzar en cierta homologación jurídica y cultural de los gobernados, los derechos humanos son esa ideología política acorde a un mundo global.

- No es, entonces, extraño comprender que haya sido en un foro jurisdiccional de carácter internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en dónde se haya instituido jurisprudencialmente la obligatoriedad de realizar el control de convencionalidad, tanto por lo que hace a dicho tribunal internacional, como por parte de los tribunales de los Estados firmantes y ratificantes del Pacto de San José de Costa Rica.
- Acertadamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, acogió esa gran reforma constitucional al artículo 1° de la Ley Suprema, y asumió la obligación impuesta en el emblemático caso de Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, para abandonar el injustificado y obsoleto criterio jurisprudencial que se erigía como obstáculo para que los tribunales realizaran el control difuso de la convencionalidad.
- Qué el control difuso de la convencionalidad en nuestro país, solamente puede realizarse por medio de la actividad jurisdiccional, incluso en la materia contenciosa administrativa, pero no en la materia administrativa sustantiva, ni por medio de la Administración Pública, ya sea federal, estatal o municipal.
- No obstante lo anteriormente dicho, es cuestión de que el control difuso de la convencionalidad, continúe evolucionando, tanto a nivel internacional como interno, para llegar finalmente a ser aplicado por parte de la Administración Pública en la emisión de sus actos administrativos.

Bibliografía

Española, Real Academia.

Humanos, Comisión Nacional de los Derechos.
http://www.cndh.org.mx/Que_son_Derechos_Humanos.

Humanos, Corte Interamericana de Derechos.
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>.

Justicia, Corte Interamericana de. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>.

M, Carbonell. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>.

Mexicano, Constitución Política de los Estados Unidos.
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf.

Mexicanos, Constitución Política de los Estados Unidos.
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf.

Nación, Suprema Corte de Justicia de la.

https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=%2522control%2520concentrado%2522&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=1&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=2&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&In.

OEA.

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.