



176

**El control de convencionalidad: un gran desafío  
para los juristas mexicanos**

MIGUEL CARBONELL

**DERECHO CONSTITUCIONAL**

Marzo 2013

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. D. R. © 2013, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. **Venta de publicaciones:** Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, tels. 5622 7463 y 64 exts. 703 o 704, fax 5665 3442.

**[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)**

**15 pesos**

## CONTENIDO

I. Introducción .....	1
II. Origen y características del control de convencionalidad .....	3
III. La postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación .....	6
IV. El reto de la cultura jurídica y el uso del derecho comparado .....	12

## I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 tiene como uno de sus ejes vertebradores la apertura del sistema jurídico mexicano al ordenamiento internacional, con todo lo que ello supone: recepción de los tratados e incorporación de los mismos al derecho interno con rango constitucional, pero también reconocimiento del derecho derivado de los propios tratados y de la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales que han sido reconocidas por el Estado mexicano, entre otras muchas cuestiones.

Es en el contexto de esa apertura en el que adquiere significado e importancia la cuestión del control de convencionalidad, que vamos a estudiar en las siguientes páginas.

De hecho, el control de convencionalidad es uno de los puntos culminantes del conjunto de cambios que trajo consigo la reforma de 2011. Se trata, a reserva de precisarlo con detalle más adelante, de una manifestación que anuncia un profundo cambio de época para los juristas mexicanos. Las reglas del juego cambiaron: los estándares de nuestros razonamientos serán distintos en el futuro, los actores responsables de garantizar los derechos humanos se ampliaron de forma importante, las técnicas de interpretación de los derechos variaron, etcétera.

Empecemos por una obviedad: los tratados se firman para ser cumplidos. Esta afirmación puede parecer muy obvia, pero no es seguro que sus consecuencias lo sean tanto, a la luz de la experiencia mexicana cuando menos. Lo que se acostumbra a hacer en México demuestra que el compromiso de las autoridades respecto al cumplimiento de los tratados es bastante limitado.

El Estado mexicano es entusiasta al momento de firmar tratados internacionales (los ha firmado por docenas, si bien es cierto que en algunos casos ha introducido ciertas reservas o cláusulas interpretativas), pero no demuestra la misma energía al momento de darle seguimiento a esa firma, implementando las medidas necesarias para aplicar a nivel interno los compromisos internacionales.

En efecto, la firma de un tratado significa que el Estado parte asume una serie de obligaciones, como por ejemplo las siguientes:

1. Incorporación de normas en el ordenamiento jurídico interno que permitan aplicar el tratado internacional<sup>1</sup>;

---

<sup>1</sup> Sobre este punto el criterio de la CorteIDH quedó recogido en la sentencia del caso “La cantuta vs Perú”, dictada el 29 de noviembre de 2006. En ella se señala lo siguiente:

171. En la Convención, este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).

172. Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.

2. Derogación de normas que se opongan a lo que dispone el tratado (en esto consiste, en parte, la llamada “armonización” del sistema jurídico interno respecto al internacional);
3. Realización de un diagnóstico respecto de los derechos regulados por los tratados internacionales, a fin de determinar con la mayor precisión posible en que punto se encuentra el país al momento de firmar el tratado (este diagnóstico será el que suministre una herramienta de medición para saber si en el futuro el Estado avanza en la tutela efectiva de los derechos, si se mantiene igual o si retrocede);
4. Reorganización de las competencias de las autoridades para que en todos los niveles de gobierno existan medidas de prevención de las violaciones de derechos, así como capacidad de investigación, sanción y reparación de tales violaciones cuando ya se hayan producido (ver lo que al respecto dispone el párrafo tercero del artículo 1 constitucional).

El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente. Recordemos que el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos que ella establece, pero también a “garantizar” su pleno y libre ejercicio; esto significa que el Estado mexicano tiene la obligación de respetar, pero también la de garantizar (mandato que se contiene igualmente en nuestro artículo 1 párrafo tercero constitucional) los derechos previstos en los ordenamientos internacionales. El deber de garantía es el que da fundamento al punto 4 que se acaba de enunciar, según el cual toda la organización del Estado debe estar al servicio de los derechos humanos, en la medida en que éstos derechos suponen la base de la legitimidad del quehacer estatal.

Por otro lado, el artículo 2 de la Convención Americana establece el deber (ya también señalado) de adoptar disposiciones de carácter interno a efecto de dotar de plena efectividad a sus normas. El texto del artículo 2 se refiere a “medidas legislativas o de otro carácter”; en este último supuesto (“medidas... de otro carácter”) se encuentra la actuación de los jueces, los cuales desde luego juegan un papel fundamental en el cumplimiento de los mandatos de la Convención. También encontramos una precisión parecida en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; ambos mandatos han sido analizados y desarrollados en la OG número 3 del Comité de Derechos Humanos de la ONU y la OG número 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la misma Organización de las Naciones Unidas.

Lo que hemos dicho tiene como propósito recordar algo que es evidente: los Estados nacionales, cuando firman un tratado internacional, deben hacer todo aquello que esté a su alcance para cumplirlo, lo que incluye adaptaciones normativas, puesta en marcha de diagnósticos, implementación de políticas públicas y reorganización (desde un punto de vista procesal, pero también sustantivo) de la forma de resolver de los jueces.

Los tratados obligan a todas las autoridades, de todos los niveles de gobierno (en el caso de que se trate, como sucede en México, de un Estado compuesto, por estar organizado a partir

de los principios del federalismo<sup>2</sup>), sin que sea posible oponer ninguna norma o interpretación de derecho interno para dejar de observarlos.

En este contexto, el control de convencionalidad debe entenderse como una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional (tratados internacionales, pero también derecho derivado de los mismos). Esto significa que los jueces nacionales deberán desarrollar –de oficio- una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales. Lo anterior puede conducir, en un caso extremo, a que un juez inaplique una norma interna cuando esté en contradicción con una norma internacional.

Veamos ahora el origen y los alcances que la CorteIDH le ha dado al control de convencionalidad.

## II. ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad tiene su origen en el voto concurrente emitido por el destacado jurista mexicano Sergio García Ramírez en el caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”. En el párrafo 27 de su voto, García Ramírez apunta que

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

El mismo Sergio García Ramírez vuelve sobre el tema en su voto concurrente razonado, emitido con ocasión de la sentencia del caso “Tibi vs. Ecuador” (7 de septiembre de 2004, párrafo 3). En ese voto García Ramírez sostiene que la tarea de la Corte Interamericana “...se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados – disposiciones de alcance general- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de derecho en una sociedad democrática. El tribunal interameri-

---

<sup>2</sup> Al respecto el artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone, en la parte que nos interesa, lo siguiente:

1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

cano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”.

El punto de vista de Sergio García Ramírez es acogido por la Corte Interamericana en la sentencia Almonacid Arellano contra Chile, emitida el 26 de septiembre de 2006. En el párrafo 124 de dicho fallo la Corte afirma lo siguiente:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana.

La Corte Interamericana sigue desarrollando el concepto y los alcances del control de convencionalidad en su sentencia “Trabajadores cesados del Congreso” (Aguado Alfaro y otros contra Perú), del 24 de noviembre de 2006. En el párrafo 128 de su pronunciamiento la Corte señala lo siguiente:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.

Este pronunciamiento es muy interesante, ya que señala el carácter oficioso con el que los jueces deben llevar a cabo el control de convencionalidad. No importa que se trate de un litigio de derecho público o de derecho privado: la eficacia de los tratados internacionales y el pleno cumplimiento de las obligaciones que en ellos se consignan justifican que los jueces tengan siempre presentes las disposiciones convencionales al resolver los litigios objeto de su conocimiento<sup>3</sup>. Así lo ha entendido también, como lo veremos más adelante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sobre el aspecto que acabamos de comentar, Eduardo Ferrer señala que “...los jueces (de los Estados partes de la Convención Americana) no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además una obligación de realizar una ‘interpretación convencional’, verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular, resultan ‘compatibles’ con la CADH; de lo contrario, su proceder sería contrario al artículo 1.1. de dicho tratado, produciendo una viola-

---

<sup>3</sup> Ferrer, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coordinadores), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Porrúa, 2012, pp. 390-391.

ción internacional, ya que la aplicación de una ley inconventional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado”<sup>4</sup>.

Otro paso interesante en la jurisprudencia de la CorteIDH sobre el control de convencionalidad se encuentra en la sentencia Heliodoro Portugal contra Panamá, emitida el 12 de agosto de 2008, en la cual se precisa lo siguiente:

...es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos (párrafo 180).

Luego de tales antecedentes, la doctrina del control de convencionalidad fue reiterada en muchos casos resultados por la Corte IDH, entre ellos varios contra México. Así sucedió en el caso Rosendo Radilla Pacheco contra México (2009; párrafo 339 de la sentencia), Fernández Ortega y otros contra México (2010; párrafo 234 de la sentencia), Rosendo Cantú y otra contra México (2010; párrafo 219 de la sentencia) y Cabrera García y Montiel Flores contra México (2010, párrafo 225 de la sentencia).

A lo largo de su desarrollo jurisprudencial, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcances del control de convencionalidad, y ha ido variando de forma progresiva los términos utilizados.

Así ha sucedido respecto de los sujetos que deben llevar a cabo el control de convencionalidad; en el desarrollo jurisprudencial de dicho control la CorteIDH ha ido ampliando el espacio de los sujetos obligados a examinar la convencionalidad de actos y normas. Las líneas jurisprudenciales respectivas han atravesado al menos cuatro etapas, muy bien sintetizadas por Víctor Bazán<sup>5</sup>. En la primera etapa la Corte refiere que el sujeto que debe llevar a cabo el control de convencionalidad es el “Poder Judicial” (Caso Almonacid Arellano); en un segundo momento la Corte señala a “Órganos del Poder Judicial” (caso Trabajadores Cesados del Congreso); en un tercer desarrollo ya se habla de “Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (Caso Cabrera García y Montiel Flores); y finalmente se establece que el control de convencionalidad recaerá en “Cualquier autoridad pública y no solamente el Poder Judicial” (Caso Gelman contra Uruguay)<sup>6</sup>.

Lo que podemos observar a través de estos cambios es una actitud progresista y garantista de la CorteIDH, al ir ampliando el número de sujetos que deben llevar a cabo el control de convencionalidad, lo que en el fondo supone nada más que aplicar de forma congruente y cabal el principio *pro persona*, además de que se reitera el deber de los Estados de cumplir con lo que establecen los tratados internacionales, sin que para ello sea obstáculo lo señalado en el derecho interno.

---

<sup>4</sup> Ferrer, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coordinadores), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, cit., pp. 371-372.

<sup>5</sup> Bazán, Víctor, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad” en Ferrer MacGregor (coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, Fundap, 2012, p. 18.

<sup>6</sup> Ferrer MacGregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, cit., p. 376.

### III. LA POSTURA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de fijar su postura sobre el control de convencionalidad en la resolución del expediente Varios 912/2010.

Dicho expediente deriva de la consulta que el Presidente de la Corte somete a consideración de los integrantes del Tribunal Pleno de la propia Corte, para efecto de la ejecución (en lo que corresponde al Poder Judicial de la Federación) de la sentencia de la Corte Interamericana dictada en el caso de Rosendo Radilla Pacheco contra México, a la que ya hicimos referencia en el apartado anterior.

La resolución de la Corte contiene un sinnúmero de cuestiones interesantes, unas de orden procesal y otras respecto al fondo del asunto que fue planteado por la sentencia Radilla Pacheco de la jurisdicción interamericana (por ejemplo respecto a las tareas de investigación del Estado mexicano en materia de desaparición forzada o sobre el alcance del fuero castrense). Vamos en este apartado a centrarnos en las partes de la resolución 912/2010 que guardan relación con el control de convencionalidad, dejando para otra ocasión el análisis de temas propiamente de fondo vinculados con dicha resolución.

Hay cinco pronunciamientos que ahora interesan, realizados por la Suprema Corte y contenidos cada uno de ellos en distintas tesis jurisprudenciales que a continuación referiremos.

- 1) La SCJN reconoce que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, derivadas de casos en los que México haya sido parte, son obligatorias “en sus términos”.

La precisión de que la obligatoriedad se da “en sus términos” significa que las sentencias de la CorteIDH se deben ejecutar sin cuestionar ninguna de sus partes, sin añadir o quitar ningún elemento y sin regatear todos los actos que se deben realizar para que la sentencia se dé por cumplida. Los órganos internos no pueden cuestionar, de acuerdo con este criterio, ni la competencia de la CorteIDH ni el alcance con el que la ejercen. La sentencia contiene una “cosa juzgada” que debe ser simplemente aplicada.

La tesis correspondiente es la 65/2011 del Tribunal Pleno, cuyo texto es el siguiente<sup>7</sup>:

**SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO.**

El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas

---

<sup>7</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, tesis P. LXV/2011 (9a.), página 556.

sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Unanimidad de once votos en relación con la obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; votaron con salvedades: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas y Luis María Aguilar Morales. Mayoría de ocho votos en cuanto a la posibilidad de revisar si se configura alguna de las excepciones del Estado Mexicano al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de aquélla, o alguna de las reservas o declaraciones interpretativas formuladas por el Estado Mexicano; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos y Luis María Aguilar Morales. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXV/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

- 2) Respecto de los criterios de la CorteIDH que hayan derivado de asuntos en los que México no sea parte, la Suprema Corte señala que tienen un carácter “orientador”. La tesis correspondiente (la 66/2011 del Pleno) tiene el siguiente texto<sup>8</sup>:

**CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.**

Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de seis votos; votaron en contra: José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVI/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

Este criterio de nuestra Suprema Corte genera alguna perplejidad y puede suscitar en el futuro algunos problemas de los que cabe dar cuenta. En primer término, parece que la Corte mexicana no tuvo en cuenta una distinción elemental entre lo que se conoce como puntos “considerativos” y puntos “resolutivos”.

Evidentemente, los puntos resolutivos de las sentencias de la CorteIDH son obligatorios solamente para las partes que participaron en el juicio, como sucede en todo juicio. Esto significa que lo que la CorteIDH ordena en sus sentencias que se haga (una

---

<sup>8</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, tesis P. LXVI/2011 (9a.), página 550.

indemnización, garantías de no repetición, seguimiento de investigaciones, impartición de cursos, construcción de un monumento en memoria de las víctimas, etcétera), corresponde acatarlo de forma exclusiva al Estado parte que concurrió en el juicio. Es igualmente obvio, en consecuencia, que si México no formó parte de un juicio, no tiene ningún deber de acatamiento de los puntos resolutivos.

Ahora bien, ¿podemos decir lo mismo de las consideraciones jurídicas que, en la parte argumentativa de sus pronunciamientos, hace la CorteIDH? ¿qué tipo de obligación genera esa interpretación para los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos?

El problema que genera la tesis de la SCJN que ya fue transcrita es que al reconocerle un criterio “orientador” a los criterios de la CorteIDH permite que, al resolver un caso concreto, cualquier autoridad judicial mexicana se “oriente” en un sentido distinto al que sostiene la jurisprudencia interamericana. Cuando eso suceda, ¿qué va a pasar si ese criterio de un juez mexicano es finalmente revisado por la CorteIDH? Es muy probable que la CorteIDH ratifique su criterio y en consecuencia termine descalificando la interpretación que difiera del mismo, con lo cual una mala interpretación de la autoridad jurisdiccional mexicana podría dar como resultado que se condene al Estado mexicano por violar la Convención Americana.

Además, no se estaría acatando la obligación de cumplir con lo dispuesto en la Convención, la cual adquiere sentido y significado en virtud de la interpretación privilegiada (y terminal, en la medida en que no puede ser revisada) que haga la CorteIDH.

Dicha interpretación, desde mi punto de vista, debe ser considerada como integralmente obligatoria, tomando en cuenta las tareas que deben cumplir todos los Estados parte de la Convención Americana. Y dicha obligatoriedad se proyecta no solamente al quehacer de los jueces, sino al conjunto de autoridades del Estado mexicano, que están igualmente vinculadas (obligadas, para decirlo en rigor) por los pronunciamientos de la CorteIDH.

Así como existe la denominada “cosa juzgada” (que cobra existencia y forma concreta en los resolutivos de las sentencias), debemos entender también que hay una “cosa interpretada” (contenida en las consideraciones jurídicas de las sentencias), la cual – en el caso de la CorteIDH- sí resulta obligatoria para todos los Estados parte de la Convención Americana, con independencia de si han sido o no parte en un juicio concreto. Por eso es que el artículo 69 de la Convención Americana de Derechos Humanos ordena notificar las sentencias no solamente al Estado que fue parte en el litigio, sino a todos los firmantes del propio Pacto, a fin de que conozcan los elementos que figuran en los razonamiento de los jueces interamericanos<sup>9</sup>.

En suma, me parece que no es del todo correcto el criterio de la SCJN según el cual los criterios interpretativos de la CorteIDH tienen carácter orientador. Lo correcto es considerar que los criterios interpretativos de la jurisdicción interamericana son del

---

<sup>9</sup> Ver en el mismo sentido el razonamiento de Nogueira, Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales” en Ferrer MacGregor, Eduardo (coordinador), *El control difuso de convencionalidad*, cit., p. 351.

todo obligatorios y, en consecuencia, deben ser observados y aplicados en los que casos en que corresponda.

En ese sentido se pronuncia el juez interamericano Eduardo Ferrer MacGregor, quien en su voto razonado de la sentencia Cabrera García y Montiel Flores contra México señala que “...la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere ‘eficacia directa’ en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como ‘parte material’. Lo anterior, debido a los efectos de la norma convencional interpretada, que produce ‘efectos expansivos’ de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia” (párrafo 79).

El mismo Ferrer MacGregor apunta que “pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado haya sido ‘parte material’... equivaldría a anular la esencia misma de la propia CADH, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o haberse adherido a ella, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional... La interpretación emprendida por el tribunal interamericano a las disposiciones convencionales *adquiere la misma eficacia que poseen éstas*”<sup>10</sup>.

En el mismo sentido se expresa el exmagistrado y expresidente de la CorteIDH, Sergio García Ramírez, quien señala que “no es posible sostener que las interpretaciones establecidas por la CorteIDH constituyan un punto de vista atendible o desatendible, y no un acto de necesaria observancia... implican, como prefiero decir, una interpretación vinculante de textos normativos asimismo vinculantes para los Estados, que deben ser atendidos y aplicados interiormente en los términos de la interpretación formal y final dispuesta por la Convención y ejercida por la Corte”<sup>11</sup>.

Ya hemos mencionado que la CorteIDH ha establecido el control de convencionalidad obligatorio y de oficio en varias sentencias contra el Estado mexicano. Conviene en este momento retomar una de ellas, ya que nos puede ofrecer una respuesta clara para entender mejor el punto que estamos abordando. En concreto, hay que recordar que en el párrafo 225 de la sentencia Cabrera y Montiel contra México la CorteIDH apuntó lo siguiente:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados con la administración de justicia

---

<sup>10</sup> Ferrer MacGregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, cit., p. 394.

<sup>11</sup> García Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 658. En el mismo sentido, Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales” en Ferrer MacGregor, Eduardo (coordinador), *El control difuso de convencionalidad*, cit., p. 351.

deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Una discusión complementaria, que la SCJN no abordó en el expediente varios 912/2010 pero que vale la pena anotar, tiene que ver con la obligatoriedad de criterios interpretativos contenidos no solamente en las sentencias de la CorteIDH, sino también en los pronunciamientos de la propia Corte contenidos en sus opiniones consultivas o bien en el dictado de medidas provisionales.

La mayor parte de los autores que analizan este aspecto señalan que tales pronunciamientos son igualmente obligatorios, criterio con el que coincido del todo<sup>12</sup>. Con la mayor amplitud posible, debemos reconocer plena eficacia a todos los pronunciamientos de la CorteIDH, con independencia del acto procesal del que emanen o del tipo de competencia que haya sido ejercida por la Corte.

Todavía más: habría que empezar a pensar en el grado de obligatoriedad que tienen otras expresiones normativas del derecho internacional de los derechos humanos, como lo pueden ser los informes y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o las Observaciones Generales que emiten los comités encargados de la vigilancia y seguimiento de los tratados internacionales en la materia (comités que funcionan sobre todo en el ámbito de la ONU).

- 3) La SCJN sostiene, en congruencia con lo que ya había dicho la CorteIDH en algunas de las sentencias que ya hemos citado en el apartado precedente, que el control de convencionalidad corresponde a todos los jueces. Esto significa que la Corte da un paso fundamental para terminar con el monopolio a favor de los jueces federales para ejercer funciones de control de regularidad jurídica, a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos.

Pasamos de un modelo de control de constitucionalidad que podríamos llamar semi-concentrado (en el que participaban varios jueces, pero todos de nivel federal), a un modelo de mayor complejidad en el que se suma el control de convencionalidad y se amplía hacia todos los jueces. Lo que tenemos, en consecuencia, es un sistema difuso de control de convencionalidad.

La tesis correspondiente que refleja el criterio que estamos comentando se va a transcribir en el siguiente apartado.

- 4) La formación del nuevo modelo de control de regularidad, que deriva de lo que llevamos dicho y en particular de la obligación difusa de ejercer control de convencionalidad, genera una cierta complejidad que ha precisado el Tribunal Pleno de la SCJN. La tesis correspondiente (que me permito transcribir en este momento, para pasar a comentarla enseguida y que resulta aplicable a lo señalado en el apartado inmediato anterior) es la siguiente<sup>13</sup>:

---

<sup>12</sup> Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?” en Ferrer MacGregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, cit., pp. 245 y siguientes.

<sup>13</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo: Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, tesis P. LXX/2011 (9a.), página 557. Ver el análisis de esta tesis y sus consecuencias que hace Cossío, José Ramón, “Primeras implicaciones del Caso Radilla”, *Cuestiones Constitucionales*, número 26, México, junio-diciembre de 2012, pp. 32 y siguientes.

## SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.

Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. 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 país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás 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 su incompatibilidad. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente: y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

Como puede verse, la Corte hace una diferencia importante respecto al alcance de la facultad de los jueces locales y de los jueces federales, en relación al control de convencionalidad. Mejor dicho, la diferencia radica específicamente en las vías procesales a través de las cuales se ejerce el control y en los efectos que tendrán los pronunciamientos respectivos, según que sean emitidos por los órganos jurisdiccionales locales o federales.

Lo que la Corte señala es que los jueces federales pueden (de conformidad con las reglas procesales existentes en materia de amparo, de controversias constitucionales o de acciones de inconstitucionalidad) llegar a realizar una declaración que tenga por efecto la invalidación de una norma general. Esto implica que los jueces federales pueden terminar “expulsando” a la norma del sistema jurídico, de forma que (como regla general y salvo contadas excepciones) no pueda volver a aplicarse en ningún caso.

Ahora bien, la facultad de los jueces locales abarca solamente (aunque no es poco, desde luego) la posibilidad de decretar la inaplicación de las normas generales, lo que tendría como efecto que tales normas no se apliquen a un caso concreto bajo conocimiento de las autoridades judiciales locales, sin que ello afecte a su vigencia ni limite la posibilidad del resto de autoridades para seguirlas aplicando a casos que se presenten más adelante.

De acuerdo con lo anterior, los jueces federales pueden llegar a afectar la “vigencia” de una norma general; los jueces locales solamente se refieren a la “aplicabilidad” de las normas. El alcance en el primer caso es mayor, pero la facultad de las autoridades locales no es menor.

La tesis transcrita plantea una siguiente cuestión, vinculada con las obligaciones de las autoridades no judiciales. A ella nos referiremos en la siguiente sección.

- 5) La tesis LXIX/2011, derivada del mismo expediente varios 912/2010 que estamos comentando, establece los pasos que deben seguirse por parte de los jueces a fin de llevar a cabo el control de constitucionalidad y de legalidad. Se trata de lo que algunos autores han llamado los “grados de intensidad” en el ejercicio del control<sup>14</sup>.

Los pasos que señala la tesis de la SCJN son los siguientes:

- a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país –al igual que todas las autoridades del Estado mexicano–, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte. En este caso se deberá observar el principio pro persona para dar la interpretación que mejor proteja el derecho humano en cuestión.
- b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que 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 reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales firmados y ratificados por México.
- c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.

Si recurrimos a la idea de los grados de intensidad del control, a la que ha aludido el juez Ferrer MacGregor, podemos diseñar un esquema también de tres niveles pero parcialmente distintos al que perfila la SCJN en su tesis jurisprudencial. En efecto, podemos hablar de los siguientes tres tipos de intensidad en el control de convencionalidad:

— Grado bajo: en este caso el aplicador de una norma nacional hace una interpretación de la misma que sea “conforme” con las normas internacionales;

— Grado medio: si el intérprete considera que no hay forma de encontrar una interpretación que haga compatible la norma internacional con la norma interna, puede dejar de aplicar la norma nacional. Como ya vimos, la Suprema Corte estima que esto puede ser llevado a cabo por cualquier juez, cuando esté conociendo de cualquier tipo de proceso judicial.

-Grado alto: cuando el intérprete tiene la facultad de expulsar con efectos generales (erga omnes) a la norma interna que estime inconvencional. Esto, según nuestra SCJN, está reservado a los jueces federales cuando conozcan –de acuerdo a su competencia– de juicios de amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

#### IV. EL RETO DE LA CULTURA JURÍDICA Y EL USO DEL DERECHO COMPARADO

Como puede ver el lector, el control de convencionalidad nos ofrece un desafío de grandes dimensiones. Si somos capaces de enfrentar con entereza y sapiencia dicho reto, México es-

---

<sup>14</sup> Ferrer MacGregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, cit., p. 386.

tará dando un paso enorme en la dirección correcta, pues tendrá un Estado constitucional de derecho más robusto y unos aplicadores de normas dotados de una capacidad ampliada para proteger cabalmente los derechos humanos.

El control de convencionalidad nos convoca a traer a México lo que en otras latitudes se han llamado “diálogos jurisprudenciales”, en los que los jueces van dando pasos desde sus distintas jurisdicciones para lograr avances en la protección de derechos. Finalmente, no olvidemos que el derecho constitucional de nuestros días plantea problemas muy semejantes a todas las jurisdicciones, de modo que siempre existen buenas oportunidades de aprendizaje cuando se comienza a dialogar con experiencias foráneas.

Se habla ya incluso de amplios procesos de “migración jurisprudencial”, en referencia a la circulación de las ideas sobre la protección de los derechos fundamentales y la defensa de la Constitución. Se trata de un fenómeno más o menos reciente, potenciado en los últimos años por el acceso masivo a internet y por el desarrollo de poderosos bancos de datos que permiten tener acceso completo a las sentencias de los tribunales constitucionales de muchos países<sup>15</sup>.

Los problemas de fondo a los que se enfrentan las distintas jurisdicciones nacionales son, como ya se apuntaba, en alguna medida parecidos: libertad de expresión, derecho de asociación, cuestiones electorales, derecho a la posesión de armas, interrupción voluntaria del embarazo, etcétera. Los criterios jurisprudenciales sobre estos temas se encuentran en muchos países y también de manera destacada en la jurisprudencia internacional. En ocasiones las soluciones son parecidas, pese a que los jueces no conocían la jurisprudencia de sus colegas extranjeros. En otros casos los criterios judiciales se apartan de lo que podría considerarse como una línea jurisprudencial más o menos consolidada y terminan por dictar sentencias incomprensibles por su falta de fundamento y por su precariedad argumentativa.

Lo cierto es que hay una “circulación mundial” de problemas constitucionales y una circulación igualmente planetaria de las correspondientes soluciones. Por eso es que se habla de una “propensión ultra-nacional, sino universal, de las funciones nacionales de la justicia constitucional”<sup>16</sup>. Dicha propensión estaría anudada a la existencia de una comunidad de jueces constitucionales que con frecuencia celebran reuniones, seminarios y congresos en los que dialogan e intercambian experiencias, creando así una suerte de “sociedad abierta de la justicia constitucional”, la cual puede ampliarse para hablar incluso de una sociedad abierta de la justicia convencional.

En este marco en el que algunos autores se preguntan si las cortes constitucionales pueden y/o deben citar los criterios de otras jurisdicciones nacionales. La Constitución de Sudáfrica de 1996 –una de las más progresistas del mundo, tanto en su texto como en la aplicación del mismo– lo acepta expresamente en su artículo 39, que permite a los tribunales “tomar en consideración el derecho extranjero”. Se trata de una idea inspirada en una especie de cosmopolitismo jurídico de gran alcance<sup>17</sup>; esta orientación encuentra un cierto eco en el voto disidente del *justice*

---

<sup>15</sup> Sobre la relación entre el internet y el mundo jurídico, Carbonell, Miguel y Rivera, Aline, *Internet para abogados y estudiantes de derecho*, 4ª edición, México, Porrúa, 2009.

<sup>16</sup> Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales” en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, p. 92.

<sup>17</sup> Sobre el tema pueden verse las importantes aportaciones de Ferrajoli, Luigi en varios de sus trabajos; por ejemplos en algunos de los ensayos contenidos en *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, 2ª edición, Madrid, Trotta, 2010, pp. 303 y siguientes.

de la Corte Suprema de los Estados Unidos Stephen Breyer en la sentencia *Knight versus Florida* de 1999, en el que se hace referencia a distintos precedentes extranjeros e incluso se cita, con aprobación, un criterio de la Corte Suprema de Zimbabue. No es de sorprender la inmediata reacción en contrario de los integrantes de la “falange conservadora” de la propia Corte (según la acertada calificación de Ronald Dworkin)<sup>18</sup>, Clarence Thomas y Antonin Scalia, quienes censuraron de inmediato la cita realizada por su colega, afirmando que la falta de fundamento del criterio de Breyer se encontraba reflejada en la cita de un derecho inaplicable por las cortes norteamericanas.

Interviniendo en esta polémica, el insigne Presidente Emérito de la Corte Constitucional italiana, Gustavo Zagrebelsky, llama la atención sobre lo que está en juego: “Más allá de la decisión, sin duda importante, de los medios para la interpretación constitucional, se advierte que la disputa se refiere directamente a la legitimidad de la participación de las jurisdicciones constitucionales nacionales en la construcción de perspectivas jurídicas de orientación común, tendencialmente universales”<sup>19</sup>. En otras palabras, la lucha es por saber si las jurisdicciones constitucionales pueden o deben mantener una apertura cosmopolita o si por el contrario deben resolver solamente conforme a su propia experiencia.

Para orientarse en este dilema vale la pena considerar que, como se apuntaba, hoy en día existe una problemática constitucional común que deben resolver los tribunales de última instancia alrededor del mundo. Es el propio Zagrebelsky quien nos ofrece una enumeración de temas que han llegado hasta la mesa de un número importante de jurisdicciones constitucionales (incluyendo el caso mexicano, por cierto) y que constituyen un universo compartido de problemas comunes: “la pena de muerte, la edad o el estado psíquico de los condenados, las modalidades incluso temporales de las ejecuciones; los derechos de los homosexuales; las ‘acciones afirmativas’ a favor de la participación política de las mujeres o contra discriminaciones raciales históricas, por ejemplo en el acceso al trabajo y a la educación; la limitación de los derechos por motivos de seguridad nacional; la regulación del aborto y, en general, los problemas suscitados por las aplicaciones técnicas de las ciencias biológicas a numerosos aspectos de la existencia humana; la libertad de conciencia respecto a las religiones dominantes y a las políticas públicas en las relaciones entre escuelas y confesiones religiosas; los derechos de los individuos dentro de las relaciones familiares y así por el estilo”<sup>20</sup>.

¿Qué deben hacer los tribunales constitucionales al enfrentarse a estos problemas? ¿les resulta útil a sus miembros mirar hacia la jurisprudencia de otros países?

Pensemos en dos temas concretos, que nos suministran ejemplos interesantes sobre el punto que estamos discutiendo: la libertad de expresión y la interrupción voluntaria del embarazo. ¿No sería necesario que un tribunal constitucional considerara, al pronunciarse sobre temas relacionados con la libertad de expresión, el mundialmente famoso caso *New York Times versus Sullivan* resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos<sup>21</sup>, o el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán conocido como “Caso Titanic” que se suele citar en todos los debates sobre la racionalidad de las interpretaciones basadas en la proporcionalidad?<sup>22</sup> En el tema del

<sup>18</sup> Dworkin, Ronald, *The Supreme Court phalanx*, The New York Review Books, Nueva York, 2008.

<sup>19</sup> Zagrebelsky, “Jueces constitucionales”, cit., p. 93.

<sup>20</sup> Zagrebelsky, “Jueces constitucionales”, cit., p. 93.

<sup>21</sup> Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan y la primera enmienda*, Miami, SIP, 2000.

<sup>22</sup> Robert Alexy, referencia inexcusable en el tema, suele citar el caso en sus trabajos. Ver por ejemplo su ensayo “La fórmula del peso” en Carbonell, Miguel (coordinador), *Argumentación jurídica*, 2ª edición, México, Porrúa,

aborto: ¿pueden pasarse por alto las consideraciones que el *justice* Harry Blackmun escribió en la sentencia *Roe versus Wade* sobre el derecho a la intimidad de las mujeres<sup>23</sup>, o el contenido de la muy controvertida sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional español sobre la protección del derecho a la vida?<sup>24</sup> No estamos defendiendo ni sugiriendo siquiera que el conocimiento de dichas sentencias se traduzca inmediatamente en una adopción de sus puntos de vista. Nada de eso. De lo que se trata es de conocer, valorar, analizar y resolver de la manera que sea mejor de acuerdo al propio contexto nacional.

Lo que no resulta útil ni racional es cerrarse ante las modernas corrientes de la jurisprudencia constitucional comparada. Es de nuevo Gustavo Zagrebelsky quien nos da muy buenas razones, de puro sentido común, para tomar en cuenta la jurisprudencia comparada. Escribe nuestro autor: “Basta una actitud de modestia al examinar las experiencias foráneas, respecto a nuestros propios problemas. Basta no creer que estamos solos en el propio camino y no presumir, como por el contrario hacen los chauvinistas de la Constitución, de ser los mejores... (el presupuesto para hacerlo es) la prudencia del empirista que quiere aprender, además de los propios, también de los errores y aciertos de los demás”<sup>25</sup>. De eso se trata: de asumir una actitud humilde, receptiva y atenta a los caminos, buenos o malos, que se han abierto en otras latitudes.

Zagrebelsky sigue afirmando que: “Es como recurrir, para resolver un problema difícil, a ‘un amigo con gran experiencia’, que nos hace pensar mejor, desvela energías potenciales latentes, extiende la perspectiva y enriquece las argumentaciones, poniendo bajo la luz puntos de vista quizá de otro modo ignorados”<sup>26</sup>.

No faltará quien piense que al tomar en cuenta las experiencias de otros países se pone en riesgo la identidad propia del ordenamiento constitucional mexicano (o de cualquier otro país). Ha sido una actitud que han defendido con vehemencia y durante décadas muy connotados juristas, que le temían a la “contaminación” jurídica que pudiera llegar a nuestro derecho proveniente de otros países.

Dejando por ahora a un lado la gran ignorancia que tal actitud encerraba, lo cierto es que nada de eso puede suceder ni ha sucedido nunca, ni en México ni en el extranjero. Es cierto que se han copiado instituciones tomadas del derecho comparado, pero su recepción se ha acomodado a las necesidades nacionales y varias de ellas se encuentran entre los más grandes aciertos de nuestro sistema jurídico.

---

UNAM, 2012. En el mismo libro, discutiendo las tesis de Alexy, pueden verse los ensayos de Carlos Bernal Pulido, “La racionalidad de la ponderación”; de José Juan Moreso, “Alexy y la aritmética de la ponderación” y de Laura Clérico, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. Ver también las distintas aportaciones que aparecen en Alexy, Robert y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

<sup>23</sup> Sobre Blackmun puede verse Carbonell, Miguel, “¿Quién fue el juez Harry Blackmun?” ahora recogido en el libro *¿El tercero ausente? Ensayos sobre el poder judicial*, México, Porrúa, UNAM, IMDPC, 2008, pp. 255 y siguientes, así como Greenhouse, Linda, *Becoming Justice Blackmun. Harry Blackmun’s Supreme Court Journey*, Times Books, Nueva York, 2005. Sobre el tema del aborto en estados Unidos se han publicado cientos de libros y miles de artículos; de entre lo mejor que se ha traducido al castellano puede verse, Tribe, Laurence, *El aborto: un choque de absolutos*, México, FCE, 2012.

<sup>24</sup> Pérez Royo, Javier, “Derecho a la vida” en Aragón, Manuel (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo III, Madrid, Civitas, 2001.

<sup>25</sup> Zagrebelsky, “Jueces constitucionales”, cit., p. 94.

<sup>26</sup> Zagrebelsky, “Jueces constitucionales”, cit., p. 95.

¿Acaso no importamos en su momento el esquema del federalismo? ¿acaso podemos considerarnos los inventores de principios tan básicos como la división de poderes? ¿quién pensaría que figuras como las comisiones de derechos humanos o los consejos la judicatura son negativos porque no fueron inventados por nuestros próceres jurídicos? Esos ejemplos, y muchos otros que se podrían citar, avalan la oportunidad, la pertinencia y el efecto benéfico que arroja el conocimiento y la utilización del derecho comparado.

En el caso concreto de la revisión de jurisprudencia comparada no hay nada que temer y sí, por el contrario, mucho que ganar, toda vez que “La circulación de las jurisprudencias no compromete por tanto la identidad de la propia. La comunicación de experiencias está siempre filtrada porque presupone *standars* mínimos de homogeneidad o juicios de congruencia sobre los textos y los contextos jurisprudenciales. Estos juicios son de las cortes nacionales. No determinan ninguna disminución de su función soberana”<sup>27</sup>.

Lo que resulta perjudicial y es indefendible tanto desde un punto de vista teórico como desde el mirador de la práctica es el intentar permanecer encerrados en las propias “tradiciones”, cualquiera que estas sean. Perdemos todos (jueces, litigantes, académicos, ciudadanos) cuando tenemos tribunales constitucionales incapaces de mantener un diálogo con la jurisprudencia de otras latitudes: “La incomunicabilidad... equivale a la rotura del círculo ideal de intérpretes constitucionales... Las cortes de justicia tienen, por así decirlo, raíces que se asientan en condiciones político-constitucionales nacionales, pero tienen la cabeza dirigida a principios de alcance universal. Cerrarse a sí mismas significa solamente una cosa: predisponerse a políticas constitucionales y de los derechos humanos funcionales solamente a los exclusivos intereses nacionales”<sup>28</sup>.

Lo anterior viene al caso porque la tarea más importante que debemos realizar en México en materia de control de convencionalidad se refiere a cambiar la mentalidad de nuestros operadores jurídicos, de modo que estén “mentalmente” abiertos a lo que va señalando la jurisprudencia de la CorteIDH. Por eso es importante que las futuras generaciones de abogados se manejen con soltura en el derecho comparado y lo vean como un insumo relevante para complementar su formación.

Las fronteras entre derecho nacional y derecho internacional son hoy más borrosas que nunca y por eso es que los abogados deben estar listos para utilizar en sus razonamientos tanto normas internas como normas internacionales. No hay duda, a la luz de lo que ya llevamos expuesto, que el control de convencionalidad es obligatorio y que por tanto los operadores jurídicos deben conocer a fondo y con detalle la jurisprudencia de la CorteIDH, pero dicha obligatoriedad no se verá reflejada en la práctica si no conseguimos desarrollar una mentalidad más afín a los pronunciamientos de la jurisdicción interamericana. Ese es el reto mayor, como ya se apuntaba. Y en este punto tendrán un papel fundamental por desarrollar las escuelas y facultades de derecho, pues será en ellas en donde se formen las nuevas generaciones de abogados, para las cuales temas como el del control de convencionalidad serán vistos como algo normal y cotidiano, al revés de lo que sucede en la actualidad con algunos jueces y abogados.

---

<sup>27</sup> Zagrebelsky, “Jueces constitucionales”, cit., p. 95.

<sup>28</sup> Zagrebelsky, “Jueces constitucionales”, cit., p. 95.