

# ¿PREVALENCIA DE LA VOLUNTAD DEL PODER CONSTITUYENTE SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS? UN ANÁLISIS ACERCA DE LA NECESIDAD DE EJERCER UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

ANETTE CHARA TANUS

**RESUMEN:** A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, la Constitución Federal se convirtió en una “constitución convencionalizada” pues a partir de ese momento, las normas de derechos humanos, independientemente de su origen, conforman el parámetro de regularidad constitucional al cual deben sujetarse todas las autoridades del Estado Mexicano; sin embargo, dado el criterio vigente que impera en la Suprema Corte de Justicia, cuando exista una restricción a un derecho humano prevista en la Constitución Federal, aquella deberá preferirse en todo momento, lo cual parece reflejar que la voluntad del Poder Reformador puede estar por encima de los derechos humanos, lo cual resta de cualquier eficacia la reforma mencionada. En el presente análisis se argumenta que es la propia Constitución Federal, leída de manera correcta, la que permite (y obliga) que su contenido también pueda ser objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad a fin de que, ni siquiera la voluntad del Poder Reformador, pueda estar por encima de los derechos humanos.

**PALABRAS CLAVE:** derechos humanos, control de constitucionalidad, control de convencionalidad, principio pro-persona, interpretación conforme, parámetro de regularidad constitucional.

**ABSTRACT:** Since the constitutional reform on human rights in 2011, the Federal Constitution became a “conventionalized constitution” because from that moment on, human rights norms, regardless of their origin, form the constitutional regularity parameter of to which all authorities of the Mexican State must be subject; however, given the current criterion that prevails in the Supreme Court of Justice, when there is a restriction to a human right in the Federal Constitution, such restriction must be preferred at all time. Such criterion seems to reflect that the will of the Reforming Power can be above human rights, which harms the effectiveness of the mentioned reform. In this analysis it is argued that it is the Federal Constitution itself, read correctly, which allows (and obliges) that its content may also be subject of control of constitutionality and/or conventionality to ensure that not even the will of the Reforming Power can be above human rights.

**KEYWORDS:** human rights, control of constitutionality, control of conventionality, pro persona principle, conforming interpretation, constitutional regularity parameter.

**SUMARIO:** 1. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011. 1.1. Marco constitucional y doctrina jurisprudencial antes de la reforma de 2011. 1.2. Reforma constitucional de 2011. 1.3. Precedentes relevantes. 1.3.1. Control difuso de convencionalidad. 1.3.2. Parámetro de regularidad constitucional. 2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD. 2.1. Conceptuali-

zación. 2.2. Breves comentarios sobre el control de convencionalidad externo. 2.3. Control de convencionalidad interno. 2.4. Debate jurisprudencial. 3. CONCLUSIONES. 4. FUENTES DE CONSULTA.

## **1. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011**

La decisión de comenzar el presente ensayo con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 va más allá de su pertinencia metodológica. En realidad, busca situar el punto de partida y, al mismo tiempo, el punto de llegada del presente análisis, en el cual busca demostrarse cómo es la propia Constitución Federal la que permite que su contenido pueda ser objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad.

### **1.1. Marco constitucional y doctrina jurisprudencial antes de la reforma de 2011**

A fin de comprender el alcance que tuvo la reforma constitucional en materia de derechos humanos, resulta conveniente dedicar unas cuantas líneas al marco constitucional y la doctrina jurisprudencial que imperaba antes de ese momento acerca de la supremacía de la Constitución Federal.

Con esa motivación, debe partirse de que, antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, el artículo 1o. constitucional establecía lo siguiente: “Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”

Por su parte, el artículo 133, desde ese momento y a la fecha, salvo un cambio meramente semántico, establece lo siguiente: “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.”<sup>1</sup>

De lo anterior conviene resaltar las siguientes cuestiones, las cuales si bien pudieran resultar evidentes para el lector, son de suma trascendencia para efectos del presente análisis.

---

1 Desde 1934, el artículo 133 de la Constitución Federal sólo ha sufrido una reforma, la cual tuvo lugar mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 2016 con motivo de la reforma política de la Ciudad de México. La modificación consistió en sustituir la porción “*Los jueces de cada Estado*” por “*Los jueces de cada entidad federativa*”.

En primer lugar, antes del 2011, el parámetro o el espectro de protección de las personas se limitaba a los derechos o “garantías” que otorgaba la Constitución Federal. Si bien sobre el tema se ha debatido, y con razón, sobre si lo que realmente se establecía en dicho precepto era el otorgamiento de “derechos” o, más bien, de sus garantías, dejando el “reconocimiento” de éstos como algo implícito<sup>2</sup>, no se ahondará más en el tema ante el inminente riesgo de desviarnos del tema central a tratar. Para efectos del presente ensayo, concluiremos que hasta antes del 2011 los derechos que se encontraban protegidos por nuestro sistema eran los establecidos en la Constitución Federal, con independencia de que otros instrumentos suscritos por el Estado Mexicano pudieran otorgar una mayor protección.

Lo anterior se confirma con la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizó sobre el artículo 133 de la Constitución Federal, pues en términos de la doctrina jurisprudencial que imperaba sobre la jerarquía de los tratados internacionales, éstos se encontraban por debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales<sup>3</sup>.

Lo anterior generaba, al menos, que las autoridades legislativas, judiciales y administrativas tuvieran que ceñir su actuar únicamente a la luz de lo dispuesto en la Constitución Federal<sup>4</sup> y, además, que su Poder Reformador no tuviera, desde una perspectiva estrictamente jurídico-constitucional, algún límite o requisito material al momento de incorporar, reformar o adicionar preceptos constitucionales.

## 1.2. Reforma constitucional de 2011

El 10 de junio de 2011 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el “Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

Dicho decreto tuvo por objeto, entre otras cosas, reformar el artículo 10. constitucional. Dicho precepto, para lo que interesa destacar, establece lo siguiente:

**“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

---

2 Con relación a ese análisis, véase: Olvera Rangel, Sergio Charbel, “La jurisdicción restaurativa del sistema jurídico estatal: una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales” tesis doctoral, Escuela Libre de Derecho, México, 2021, pp. 166 a 177.

3 **“TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.** [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; t. XXV, abril de 2007; p. 6. P./IX/2007. Registro digital: 172650.

4 Salazar Ugarte, Pedro (coord.), “La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual”, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2013, p. 132.

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.

(...).”.

Ahora bien, aunque algunas veces la literalidad de una norma es suficiente para comprender su sentido y alcance, en casos como el presente resulta conveniente incluir en el análisis algunos pronunciamientos que dan cuenta de la intención que tuvo el órgano encargado de su creación, toda vez que éstos, además de que para efectos académicos permiten enriquecer cualquier análisis que se haga sobre una norma, en el campo jurisdiccional muchas veces funcionan como punto de partida a fin de fijar el parámetro de regularidad constitucional aplicable en el caso a resolver.

De la lectura integral al procedimiento que culminó con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, se desprende que la motivación preponderante al reformar el artículo 1o. constitucional, fue la de otorgar la misma jerarquía a las normas de derechos humanos contenidas en la Constitución Federal y en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano.

Así, por ejemplo, en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, emitido el 23 de abril de 2009, se sostuvo que de aprobarse la reforma pretendida “ya no existiría distinción entre los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los derechos reconocidos por el Estado mexicano vía los tratados internacionales”<sup>5</sup>.

Por su parte, en el Dictamen de 7 de abril de 2010, emitido por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, de la Cámara de Senadores, se señaló que la propuesta de la Cámara de origen, con la cual coincidieron, consistía en “hacer un amplio reconocimiento de los derechos humanos, dándoles carácter constitucional a todos, con lo que deben considerarse incluidos, tanto los que se encuentran expresamente reconocidos

---

5 “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos con proyecto de decreto que reforma diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos”, Gaceta de la Cámara de Diputados, p. 43, <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2009/abr/20090423-XVI.pdf> Consultado el 23 de diciembre de 2022.

en el texto constitucional, como los consagrados en los tratados internacionales de los que México sea parte”<sup>6</sup>.

Además, para efectos del presente análisis resulta necesario tomar en cuenta, desde este momento, que la Cámara Revisora sostuvo que si bien compartía la propuesta de reforma al párrafo primero del artículo 1o. constitucional, a su juicio resultaba necesario hacer explícito que la no restricción o suspensión se refiere tanto a los derechos humanos como a las garantías”. Para pronta referencia y por su relevancia, a continuación se transcribe la parte conducente:

“Estas comisiones comparten la propuesta del párrafo primero del artículo 1o. Constitucional; sin embargo, se estima conveniente explicitar que la **no restricción ni suspensión se refiere tanto a los derechos humanos** como a las garantías:

*En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

La regulación de los casos excepcionales en los que es necesaria la suspensión del ejercicio de los derechos y de las garantías individuales dentro del constitucionalismo mexicano ha sido tradicionalmente escueta. Este fenómeno seguramente está relacionado con que en México, a diferencia de otros países de América Latina, prácticamente no se ha utilizado esta figura.

**Por ello, sostenemos que el artículo 29 constitucional necesita una clara adecuación para ubicarlo a nivel de los postulados del constitucionalismo moderno y de los tratados internacionales que ha firmado México en materia de derechos humanos.”**<sup>7</sup>. (énfasis añadido).

A nuestro parecer, dichas manifestaciones resultan suficientes para comprobar, por un lado, la intención del Constituyente Permanente de convertir a la Constitución Federal en una “constitución convencionalizada”<sup>8</sup> y, por otra parte, que la mención sobre la suspensión y restricción de los derechos y garantías prevista en la última parte del párrafo primero del artículo 1o. constitucional, se entendió relacionada con el contenido del artículo 29 de la propia Constitución Federal.

---

6 “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos”, Gaceta del Senado de la República, p. 12, [https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/1/2010-04-07-1/assets/documentos/derechos\\_humanos.pdf](https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/1/2010-04-07-1/assets/documentos/derechos_humanos.pdf) Consultado el 23 de diciembre de 2022.

7 *Ibidem*, pp. 13 y 14.

8 Sagües, Néstor, Pedro, *La Constitución bajo tensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, p. 397.

En efecto, a partir de la reforma constitucional de 2011, nuestra Constitución Federal se convirtió en una constitución convencionalizada, como lo denomina Néstor Sagüés, pues con motivo de dicha reforma, el contenido de nuestro texto fundamental ahora incluye normas que formalmente no están previstas en él pero que gozan de la misma jerarquía de aquellas que sí se encuentran previstas dentro de su articulado. Con ello, sin duda debe modificarse el entendimiento que se tenía sobre el principio de supremacía constitucional, pues para determinar la regularidad constitucional de una norma, ahora es necesario contrastarla tanto con los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal, como con los establecidos en los tratados internacionales suscritos por el Estado<sup>9</sup>.

En efecto, al colocar en el mismo nivel a las normas de derechos humanos, cualquiera que sea su fuente, se generó en nuestro país lo que en otras altitudes se ha identificado como el bloque de constitucionalidad, el cual no es más que el conjunto de normas que gozan de jerarquía constitucional, pese a que no se encuentren previstas formalmente en el texto fundamental, siempre y cuando sea éste la que remite a aquéllas. Ese conjunto de normas es el que conforma el parámetro de control de regularidad<sup>10</sup>.

Ahora bien, el que una misma materia y, particularmente, un mismo derecho, pueda estar regulado en dos ordenamientos distintos, sin duda alguna abre la puerta a una posible contradicción o diferencia en las regulaciones. Por ello, advirtiendo esa problemática y tomando en cuenta que dichas normas gozan de la misma jerarquía, el Poder Reformador estableció, en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional, el principio pro-persona, el cual establece la “primacía del mejor derecho”<sup>11</sup> y lo cual, debe llevarnos a concluir que ante la discrepancia entre la regulación constitucional y convencional sobre un derecho humano, deberá preferirse siempre la que más proteja a la persona.

### 1.3. Precedentes relevantes

#### 1.3.1. Control difuso de convencionalidad

La primera sentencia emblemática que se dictó después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos fue el expediente varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011<sup>12</sup>. En dicha sentencia, la Suprema Corte se avocó a delimitar las obligaciones que se generaron para el Poder Judicial de la Federación como parte del Estado Mexicano, con motivo de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos. Entre dichas obligaciones, se estableció el deber de todos los jueces de ejercer un control de convencionalidad.

---

9 *Ibidem*, pp. 397 a 399.

10 Guerrero Zazueta, Arturo, *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad*, CNDH, México, 2015, pp. 58 y 59.

11 Sagüés, Néstor, Pedro, *op. Cit.*, nota 8, p. 390.

12 El engrose respectivo puede ser consultado en la siguiente liga: <https://www2.scjn.gob.mx/Consulta-Tematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx>.

Ahora bien, a fin de justificar su análisis, el Tribunal Pleno razonó, en primer lugar, que las sentencias dictadas por la Corte Interamericana en los asuntos en los que el Estado Mexicano sea parte, tienen fuerza vinculante no sólo por lo que hace a los puntos resolutivos, sino que también incluye los criterios contenidos en la sentencia.

Por ello y al percatarse que en la sentencia de mérito, la Corte Interamericana reiteró su doctrina sobre la obligación de que los jueces ejerzan un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, la Suprema Corte determinó las pautas conforme las cuales debe ejercerse el referido control. En primer lugar, se determinó que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. de la Constitución Federal, junto con el artículo 133 de dicho ordenamiento, los jueces están obligados a inaplicar normas que resulten contrarias a los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales suscritos por México, pues dichas normas, junto con los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (los cuales, se resolvió, son vinculantes cuando deriven de sentencias en los que México sea parte y orientadores cuando deriven de asuntos en los que México no sea parte) forman parte del nuevo parámetro de regularidad constitucional.

Además, partiendo del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, se aclaró que la inaplicación sólo debe tener lugar cuando se agoten los siguientes pasos. Así, se dijo que primero debe realizarse una interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que todo el orden jurídico debe ser interpretado a la luz y de conformidad con los derechos humanos establecidos en el parámetro de regularidad constitucional señalado, con el mandato de que siempre deberá favorecerse la protección más amplia. En segundo lugar, debe realizarse una interpretación conforme en sentido estricto, la cual obliga a preferir, entre diversas interpretaciones jurídicamente válidas, aquella que armonice a la ley inferior con el nuevo parámetro de regularidad constitucional. Así, sólo cuando esas opciones no sean posibles, el juez deberá inaplicar la norma inconstitucional y/o inconvencional en el caso en concreto.

Como puede advertirse, la sentencia de mérito representa un paso más en el camino que se había ido construyendo para que en México la internacionalización de los derechos humanos y, particularmente, la convencionalización de la Constitución Federal, sea una realidad.

### ***1.3.2. Parámetro de regularidad constitucional***

A fin de que el análisis jurisprudencial realizado se encuentre completo, resulta necesario avocarnos al análisis de la contradicción de tesis 293/2011, resuelta en sesión de 3 de septiembre de 2013<sup>13</sup>.

---

13 El engrose respectivo puede ser consultado en la siguiente liga: <https://www2.scjn.gob.mx/Consulta-Tematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx>.

En dicho asunto, el Tribunal Pleno reconoció que las normas de derechos humanos, *independientemente de su fuente*, forman parte del catálogo constitucional de derechos humanos, pues no se relacionan en términos jerárquicos. Por tanto, se estableció que los derechos humanos, en su conjunto y con independencia de su fuente normativa, constituyen el parámetro de regularidad constitucional, conforme al cual deben analizarse todas las normas y actos que formen parte de nuestro sistema jurídico.

Ahora bien, advirtiendo la misma problemática visualizada por el Constituyente Permanente, relacionada con la posible discrepancia en la regulación del derecho nacional y el internacional, la Suprema Corte interpretó los alcances del principio pro-persona. Así, partiendo de que dicho principio obliga a que la interpretación de los derechos humanos se desarrolle favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia<sup>14</sup>, se concluyó que deberá aplicarse aquella norma que sea la que, precisamente, proteja más a la persona. En otras palabras, que frente a una norma convencional que favorezca más a la persona ésta deberá prevalecer, incluso por encima de la norma constitucional.

Sin embargo, por más entusiasta que parecía ser ese criterio, el Tribunal Pleno decidió, de manera un tanto contradictoria e incluso contraria al principio pro-persona, interpretar el artículo 1o. de la manera más restrictiva posible, a fin de concluir que, derivado de lo dispuesto de la parte final de dicho artículo<sup>15</sup>, cuando exista una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional<sup>16</sup>.

A nuestro parecer, lo anterior acredita que en términos de la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional que a la fecha impera, las normas constitucionales sí gozan de una prevalencia en términos jerárquicos sobre las normas de fuentes convencionales, ya que en caso de que se establezca una restricción en la Constitución Federal, aquella deberá prevalecer, incluso cuando sea otra la que favorezca la protección más amplia de la persona.

---

14 “**Artículo 1.** (...)”

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.  
(...)”.

15 “**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.**  
(...)” (énfasis añadido).

16 “**DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.**” [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta del S.J.F.; Libro 5, abril de 2014, t. I; p. 202; Registro digital: 2006224.

Además, la Suprema Corte fue completamente omisa en analizar que, al menos en la Cámara Revisora, la mención que se hace en el artículo 1o. constitucional sobre la restricción y suspensión de los derechos humanos y garantías se entendió relacionada con el esquema, valga la redundancia, de la restricción y suspensión en el ejercicio de los derechos y las garantías previsto en el artículo 29 de la Constitución Federal, el cual limita ese escenario a los casos de “invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos”<sup>17</sup>.

Por último, en dicha ejecutoria también se trató el tema del carácter vinculante de los criterios interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se sostuvo, contrario a lo determinado en el expediente varios 912/2010, que dicha fuerza vinculante también abarca a las sentencias dictadas en los casos en los que el Estado Mexicano no haya sido parte.

## 2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD

### 2.1. Conceptualización

Como lo expone Sergio Charbel Olvera, el control de convencionalidad, como cualquier control normativo, presupone el sometimiento de la creación del derecho al propio derecho<sup>18</sup>. El autor que se sigue define al control normativo como “el dominio de las acciones propias y ajenas para cumplir con las normas del sistema jurídico, vigilar su cumplimiento y prevenir su incumplimiento, resolver el incumplimiento de las normas del sistema jurídico, y restaurarlas o regenerarlas”<sup>19</sup>.

Ahora, dependiendo de las normas que buscan protegerse, estaremos frente a distintos tipos de control. Para lo que aquí interesa, existe el control constitucional y el control convencional.

Sin embargo, a nuestro parecer, en el concepto de control constitucional debe entenderse englobado el concepto de control de convencionalidad, pues por mandato del artículo 1o. constitucional, los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano forman parte de nuestra Constitución. Por tanto, cuando se realiza un control normativo con el fin de velar por el cumplimiento

---

17 Esa misma consideración fue adoptada por el Ministro en retiro José Ramón Cossío Díaz quien, en el voto particular que emitió en la sentencia analizada, sostuvo que “(...) Cuando la Constitución dispone en el primer párrafo del artículo 1o. que el ejercicio de los derechos humanos “no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos bajo las condiciones que esta Constitución establece, ello también debe entenderse bajo la clave interpretativa del principio pro-persona. Por lo mismo, debe referirse única y exclusivamente a las condiciones establecidas en varios párrafos del artículo 29 de la propia Constitución.”

18 Olvera Rangel, Sergio Charbel, *op. Cit.*, nota 2, p. 245.

19 *Ídem*.

de algún instrumento internacional suscrito por el Estado Mexicano, al mismo tiempo se está buscando proteger la Constitución Federal.

Empero, para efectos didácticos, en el presente trabajo respetaremos la distinción conceptual entre el control de constitucionalidad y convencionalidad, los cuales se distinguen, en esencia, por las normas cuyo cumplimiento busca protegerse.

## 2.2. Breves comentarios sobre el control de convencionalidad externo

Dentro de la misma especie del control de convencionalidad, debe distinguirse el control de convencionalidad interno del externo, cuya diferencia radica en el órgano o autoridad que ejerce ese control. Por un lado, existe el control convencional externo, el cual se ejerce por parte de las autoridades internacionales. En el ámbito interamericano dicho control se ejerce principalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>20</sup>, el cual es subsidiario o complementario cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción<sup>21</sup>. Dicho control se manifiesta a través de la *res judicata* y *res interpretata*.

En primer lugar, cuando en una sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina la responsabilidad internacional del Estado, se genera lo que se ha denominado *res judicata*, lo cual significa que todos los órganos, poderes y autoridades del Estado cuya responsabilidad internacional fue declarada se encuentran obligadas por la sentencia en sus términos<sup>22</sup>. Sin embargo, lo anterior no significa que las sentencias sólo obliguen al Estado parte, pues para los demás Estados Parte de la Convención Americana se genera la segunda manifestación del ejercicio del control de convencionalidad, denominada por el Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot la “*res interpretata*”, la cual significa que la jurisprudencia de la Corte resulta obligatoria para todos los Estados parte<sup>23</sup>.

## 2.3. Control de convencionalidad interno

Para efectos del presente análisis resulta relevante el control de convencionalidad interno.

En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la Corte Interamericana empezó a delinear los aspectos esenciales del control de convencionalidad interno. Sobre el asunto,

---

20 *Ibidem*, p. 291.

21 Ibáñez Rivas, Juana María, “El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano”, en *Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute, México, 2017, p. 386.

22 Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, emitida en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay*, p. 32.

23 *Ibidem*, p. 35.

conviene resaltar la justificación que otorgó el Tribunal Interamericano sobre dicha obligación. Así, en primer lugar, sostuvo que la obligación de que los jueces internos ejerzan un control de convencionalidad interno deriva de la necesidad de velar porque los efectos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se vean merma- dos por la aplicación de leyes que la vulneren. En ese control, como ya se ha venido diciendo, se destacó que debe tomarse en cuenta no sólo el tratado internacional, sino también la interpretación que sobre éste realice la propia Corte<sup>24</sup>.

Además, y como una razón adicional para justificar dicha obligación, se sostuvo que, como se establece en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las obligaciones impuestas por el derecho internacional deben ser cumplidas de buena fe, las cuales no podrán ser incumplidas bajo la justificación de estar cum- pliendo el derecho interno<sup>25</sup>.

Ahora, si bien en la sentencia citada la Corte Interamericana sólo señaló que el control de convencionalidad interno debe ser ejercido por los jueces y tribunales internos, hay que recordar que la Suprema Corte ha establecido que todas las autoridades del país, no sólo las jurisdiccionales, deben velar por los derechos humanos contenidos, tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales firmados por el Esta- do Mexicano. Lo anterior implica, en esencia, que el primer nivel del control de con- venciónalidad interno resulta ser de ejercicio obligatorio para todas las autoridades del país, quienes deberán interpretar el orden jurídico la luz de la Constitución y de los tratados internacionales, favoreciendo siempre la protección más amplia, siendo una obligación exclusiva de las autoridades jurisdiccionales el segundo y tercer nivel de di- cho control, pues sólo son éstas quienes deberán realizar una interpretación conforme en sentido estricto de una norma, así como las únicas facultadas para inaplicar dicha disposición, en caso de que su interpretación conforme no sea posible.

Ahora bien, no existiendo ninguna duda sobre *quién* debe ejercer ese control, *cómo* debe ejercerse, así como el parámetro que debe utilizarse, resta por analizarse *qué* es lo que debe y puede estar sujeto a este control de convencionalidad.

En primer lugar, no resulta problemático afirmar que toda ley o acto jurídico que no forme parte del parámetro de regularidad constitucional, puede y debe ser objeto de control constitucional y/o convencional, pues todas las autoridades del país, en térmi- nos del artículo 1o. de la Constitución Federal, están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en el texto fundamental y en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano.

---

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154, párr. 124.

25 *Ibidem*, párr. 125.

Sin embargo, la dificultad surge cuando nos preguntamos si una norma que forma parte del parámetro de regularidad constitucional puede ser, a su vez, norma sujeta a ese mismo parámetro. En otras palabras, si las normas en materia de derechos humanos establecidas en la Constitución Federal y en los tratados internacionales suscritos por México pueden ser objeto de control de convencionalidad interno.

Por cuanto hace a la “impugnación” de tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano, es la propia Constitución Federal la que nos da la respuesta. Esto, pues el artículo 105, fracción II, incisos b), g) y h), otorga legitimación al Senado de la República para promover acciones de inconstitucionalidad en contra de tratados internacionales celebrados por el Estado; a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en contra de tratados internacionales que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal y en los tratados internacionales de los que México sea parte; así como al Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales en contra de tratados internacionales que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales<sup>26</sup>.

Lo anterior refleja que los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano deben respetar el propio parámetro de regularidad constitucional previsto en nuestro país y, además, que podrá determinarse su “inaplicación” cuando sea la propia norma constitucional la que favorezca más a la persona. Como ejemplo de lo anterior puede verse el amparo en revisión 266/2015<sup>27</sup>, en el que la Primera Sala de la Suprema Corte reconoció que el derecho a la reinserción social se encuentra más protegido en la Cons-

---

26 “**Artículo 105.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

(...)

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

(...)

b). El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de las leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

(...)

g). La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas;

h). El organismo garante que establece el artículo 6° de esta Constitución en contra de leyes de carácter federal y local, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales. Asimismo, los organismos garantes equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas locales; e

(...).”

27 El engrose respectivo puede ser consultado en la siguiente liga: <https://www2.scjn.gob.mx/Consulta-Tematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx>.

titución Federal que en los tratados internacionales suscritos por México, por lo que es ésta la que debe prevalecer<sup>28</sup>.

Ahora bien, si un tratado internacional que contiene normas de derechos humanos —y que, por tanto, forma parte del parámetro de regularidad constitucional— puede ser a su vez objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podría afirmarse, por identidad de razón, que lo mismo ocurre respecto de la propia Constitución Federal, pues recordemos que las diversas normas que integran el parámetro de regularidad constitucional, tanto constitucionales como convencionales, gozan de la misma jerarquía constitucional.

Pensar lo contrario, esto es, que el Constituyente Permanente continúa siendo un Poder ilimitado que no se encuentra obligado a observar el propio parámetro de regularidad constitucional que él mismo estableció significa, por un lado, vaciar de contenido al artículo 1o. constitucional y, por otro lado y quizás como consecuencia de ello, condicionar el cumplimiento del parámetro de regularidad constitucional a la buena voluntad del Congreso de la Unión y de las legislaturas estatales en turno (competentes para reformar, adicionar o derogar normas constitucionales) pues, bajo la postura que se critica, el parámetro de regularidad sería oponible a todos los poderes, menos al que decidió establecerlo.

Lamentablemente, el criterio anterior (el cual, sobra decir, está lejos de ser el que más favorece a la persona) es el que se encuentra vigente en nuestro país. Como ya se ha dicho aquí, si bien la Suprema Corte reconoció de manera muy entusiasta que las normas constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos no se relacionan entre ellas en términos jerárquicos y que, en caso de conflicto entre ellas, debe preferirse la que más proteja a la persona, lo cierto es que, de forma consciente o no, dejó abierta una posibilidad que, más que ser la excepción, permite que la “regla de no prevalencia” entre una norma sobre otra, pueda ser inobservada por el Poder Reformador cada que decida reformar la Constitución. Esto, al haberse establecido una prevalencia absoluta del texto fundamental, incluso en incumplimiento al principio pro-persona, cuando en él se establezca de manera expresa alguna restricción a un derecho fundamental.

Ahora bien, en este interesante debate ha participado la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual ha adoptado tanto una postura como la otra. Así, en un extremo se encuentra la acción de inconstitucionalidad 155/2007 y, en el otro, la ac-

---

28 En el párrafo 160 de dicha ejecutoria se lee lo siguiente: “(...) *si bien los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales invocados forman parte del parámetro del control de regularidad constitucional para analizar la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano, lo cierto es que de la interpretación sistemática de los numerales transcritos, esta Primera Sala estima que es la Constitución la que debe prevalecer como norma de derecho fundamental aplicable en el caso concreto, ya que otorga una mayor protección al derecho humano relativo a la reinserción del sentenciado a la sociedad*(...)”. (énfasis añadido).

ción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019. En el medio de ellas se encuentra, precisamente, la contradicción de tesis 293/2011 ya analizada.

#### 2.4. Debate jurisprudencial

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 105, fracción II, de la Constitución Federal, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación le compete resolver las acciones de inconstitucionalidad, las cuales, según se establece en dicho precepto, tienen por objeto resolver sobre una posible contradicción entre una “norma de carácter general y esta Constitución.”

El objeto que se anuncia en el texto fundamental sobre el referido medio de control constitucional parece limitar el parámetro de regularidad constitucional a lo dispuesto por la Constitución Federal, dejando de lado los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales suscritos por México.

Sin embargo, y por más que se quisiera que la Constitución fuese clara en ese aspecto, lo cierto es que esa aparente contradicción puede fácilmente subsanarse a través de una interpretación sistemática con el artículo 1 constitucional, el cual sitúa a nivel constitucional la totalidad de las normas que integran nuestro parámetro constitucional, incluidas las de derechos humanos previstas en los tratados internacionales. Con ello, como lo ha sostenido de manera muy clara la Ministra Norma Lucía Piña Hernández<sup>29</sup>, podría entenderse que cuando dicho precepto hace referencia a esta Constitución” en realidad hace referencia a la totalidad de las normas que integran el parámetro, con lo cual se permitiría, vía interpretación de la Constitución Federal, la procedencia de la acción de inconstitucionalidad también frente a violaciones a derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México.

Adicionalmente, la Ministra Piña Hernández ofrece una segunda opción que nos lleva al mismo resultado, la cual consiste en acudir directamente al texto de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo artículo 71 establece que la Suprema Corte de Justicia podrá fundar las declaratorias de invalidez, no sólo en la *violación de cualquier precepto constitucional*, sino también en la *violación de los derechos humanos consagrados en cualquier tratado internacional del que México sea parte*; hayan sido o no invocados en el escrito de demanda<sup>30</sup>.

---

29 Por ejemplo, en la sesión de 6 de septiembre de 2022, cuya versión estenográfica puede consultarse en la siguiente liga: <https://www.scjn.gob.mx/multimedia/versiones-taquiograficas>, consultado el 30 de diciembre de 2022.

30 “**Artículo 71.** Al dictar sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y suplirá los conceptos de invalidez planteados en la demanda. La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el escrito inicial. Igualmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaración de invalidez en la

Dicho lo anterior, podemos analizar el contenido y alcance de la acción de inconstitucionalidad 155/2007<sup>31</sup>. A nuestro parecer, dicha sentencia constituye el ejemplo más claro de la materialización de la reforma en materia de derechos humanos de 2011 en el seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La referida ejecutoria, emitida por el Tribunal Pleno en sesión de 7 de febrero de 2012 (esto es, después del expediente varios 912/2010 y previo a la contradicción de tesis 293/2011) resolvió la demanda presentada por el entonces Procurador General de la República en contra de los artículos 72, fracción V, y 73, fracción V, de la Ley de Prevención de Adicciones y el Consumo Abusivo de Bebidas Alcohólicas y Tabaco del Estado de Yucatán y las cuales, para lo que interesa destacar, facultaban a autoridades administrativas para imponer una sanción consistente en “trabajos a favor de la comunidad”.

A decir de la parte accionante, dichas disposiciones vulneraban lo dispuesto por el artículo 5 de la Constitución Federal, el cual establece que “nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial”. Por tanto, a su juicio, la inconstitucionalidad derivaba del hecho de que las normas permitían la imposición de dicha sanción por parte de autoridades administrativas.

El Tribunal Pleno determinó, por mayoría de 9 votos, declarar la invalidez de las normas impugnadas, y de una norma diversa por extensión de efectos. Las razones de la invalidez que finalmente se encuentran reflejadas en el engrose, fueron aprobadas por mayoría de 6 votos. Dichas consideraciones fueron expuestas a fin de responder la siguiente interrogante: “***¿es contrario a la libertad de trabajo que las autoridades administrativas impongan como sanción a los particulares la realización de trabajos a favor de la comunidad?***”.

A fin de responder lo anterior, en primer lugar, se reconoció que, en efecto, en términos del artículo 5 de la Constitución Federal, sólo las autoridades jurisdiccionales pueden imponer como sanción a los particulares la realización de trabajos a favor de la comunidad; sin embargo, se advirtió que después de la presentación de la demanda de acción de inconstitucionalidad, el artículo 21, cuarto párrafo, de la Constitución Federal, fue reformado, a fin de facultar también a las autoridades administrativas para imponer como sanción a los particulares la realización de trabajos a favor de la comunidad.

No obstante, esa no fue la única reforma que se tomó en cuenta. En la ejecutoria se sostuvo que derivado de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de

---

violación de los derechos humanos consagrados en cualquier tratado internacional del que México sea parte, haya o no sido invocado en el escrito inicial.”

31 El engrose respectivo puede ser consultado en la siguiente liga: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx>.

2011 y de lo resuelto en el expediente varios 912/2010, el nuevo parámetro de regularidad constitucional “no determina *ex ante* un criterio de jerarquía entre las normas que lo integran”, sino que todas las autoridades se encuentran obligadas a favorecer la protección más amplia.

En aplicación de dicho criterio, se expuso que el Estado Mexicano ha suscrito tres tratados internacionales que forman parte del parámetro de regularidad constitucional en la materia: el Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio (Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los cuales coincidían en prohibir el trabajo forzado, salvo que la realización de dichos trabajos sea impuesto como pena por una autoridad jurisdiccional.

Consecuentemente y al advertirse que no existe coincidencia en lo dispuesto en el texto constitucional y en los tratados internacionales citados, la Suprema Corte determinó que los segundos son los que protegen de manera más amplia el derecho humano al trabajo, al establecer que sólo las autoridades jurisdiccionales podrán imponer como sanción la obligación de realizar ciertos trabajos. Por ello, se determinó que el parámetro de validez a la luz del cual debían confrontarse las normas impugnadas consistía en que “*sólo podrán imponerse como penas a los particulares la realización de trabajos forzados u obligatorios, mediante una condena que derive de una autoridad jurisdiccional.*” Así, contrastando las normas con dicho parámetro, se determinó declarar su invalidez.

Ahora, si bien al final de la ejecutoria se menciona que la invalidez de las normas impugnadas deriva de la “*interpretación más favorable que se desprende de los artículos 1º, párrafo segundo en relación con el 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, interpretado conforme a los artículos 8º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2º del Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo y 6 de la Convención Americana.*”, lo cierto es que, a nuestro parecer, las consideraciones que se encuentran reflejadas en el engrose acreditan que el Tribunal Pleno no realizó ninguna interpretación del texto constitucional sino una verdadera inaplicación del artículo 21, cuarto párrafo, de la Constitución Federal, el cual permite (como lo hacían las normas impugnadas) que las autoridades administrativas impongan como sanción trabajos a favor de la comunidad<sup>32</sup>. Así, en este caso, frente

---

32 Lo incluso es advertido por el Ministro Pardo Rebolledo quien, en el voto concurrente que emitió en la citada acción de inconstitucionalidad 155/2007, expuso que si bien el artículo 50. resultaba acorde a los instrumentos internacionales citados en la sentencia “*no puede llegarse al extremo de simplemente inaplicar o declarar la inconventionalidad de lo previsto en el artículo 21 de la Constitución Federal cuya reforma de dieciocho de junio de dos mil ocho, instituyó la facultad de establecer el trabajo a favor de la comunidad como sanción administrativa por infringir reglamentos gubernativos y de policía.*” Por tanto, si bien compartió la invalidez de las normas impugnadas, lo hizo bajo una interpretación restrictiva de las propias restricciones establecidas en la Constitución Federal, a fin de concluir que el artículo 21 constitucional, en la parte conducente, “*debe entenderse en el sentido de que las infracciones*

a diversas normas que regulan el mismo derecho, el Alto Tribunal decidió aplicar los artículos que, a su juicio, protegen más a la persona.

A nuestro parecer, en esa ocasión nuestro Tribunal Constitucional ejerció un verdadero control de constitucional y convencionalidad sobre la Constitución Federal al momento de fijar el parámetro de regularidad constitucional aplicable, porque aun y cuando no se dijo de manera expresa que el artículo 21 debía ser inaplicable por inconvencional, de hecho dicha disposición sí fue inaplicada; de lo contrario, debió haberse reconocido que las normas impugnadas resultaban claramente constitucionales.

Pues bien, ese es el extremo en el que, a nuestro juicio, debió mantenerse el Alto Tribunal; sin embargo, después de la contradicción de tesis 293/2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se colocó en un extremo completamente opuesto al resolver la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, resuelta definitivamente el 24 de noviembre de 2022.

En dichas acciones, promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y por integrantes de la Cámara de Senadores, en contra de diversos artículos de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley de Seguridad Nacional, del Código Nacional de Procedimientos Penales, del Código Penal Federal y del Código Fiscal de la Federación<sup>33</sup>, la Suprema Corte discutió acerca de la inconvencionalidad de la prisión preventiva oficiosa, prevista en el artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución Federal<sup>34</sup>.

En la primera propuesta presentada por el Ministro Luis María Aguilar Morales<sup>35</sup> se analizó la constitucionalidad del artículo 19 de la Constitución Federal, a fin de poder

---

*reglamentarias que las leyes están autorizadas a establecer como las que las autoridades administrativas pueden imponer, deben ser única, exclusiva y alternativamente las de multa, arresto hasta por treinta y seis horas, o trabajo a favor de la comunidad, tal como está establecido en ese precepto constitucional.”*

33 Dichos artículos, en su conjunto, calificaban a ciertos delitos fiscales como “*amenazadas a la seguridad nacional*” lo que las hacía actualizar uno de los supuestos previstos en el artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución Federal, que ameritan prisión preventiva oficiosa.

34 “**Artículo 19.** (...)”

(...) El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.  
(...)”.

35 El asunto fue re-turnado al Ministro Luis María Aguilar Morales después de que el proyecto presentado por el ahora Ministro en retiro José Fernando Franco González Salas fue desechado por el Tribunal Pleno en sesión de 25 de octubre de 2021.

resolver de manera integral lo alegado por los accionantes. Determinado el sentido de dicha “medida cautelar” así como los efectos nocivos que se han acreditado que su imposición genera, se propuso abandonar el criterio de prevalencia de restricciones constitucionales adoptado en la contradicción de tesis 293/2011, a fin de que fuera posible que el juez constitucional ponderara si existe un margen de apreciación nacional que permita aplicar la restricción constitucional o si, por el contrario, no debe aplicarse a fin de otorgar la mayor protección a la persona.

Sentado ese criterio general, en el proyecto se propuso la inaplicación del artículo 19, párrafo segundo, en la parte que contempla la prisión preventiva oficiosa, por ser contrario a los derechos humanos que integran el parámetro de regularidad constitucional en nuestro país.

Sin embargo, ante el inminente desechamiento de dicho proyecto, en la sesión de 8 de septiembre de 2022<sup>36</sup>, el Ministro ponente decidió retirar el asunto, a fin de presentar otro que pudiera ser aprobado. En ese segundo proyecto<sup>37</sup>, y buscando conciliar las distintas posturas esgrimidas por las y los Ministros de la Suprema Corte, se retomó una de las participaciones del Ministro Juan Luis González Alcántara, quien propuso interpretar el artículo 19, segundo párrafo, de la Constitución Federal, de manera sistemática con el resto del texto constitucional, a fin de concluir que el término “oficiosa” debe entenderse, no como una medida cautelar que deba imponerse de forma automática, sino como una que no debe de tener como presupuesto una petición de parte.

En dicha segunda versión del proyecto<sup>38</sup>, si bien se proponía adoptar tal entendimiento del término “oficioso”, ello fue resultado, más que de una interpretación sistemática, de una interpretación del artículo 19 de la Constitución Federal, en su párrafo segundo, a la luz del principio pro-persona, esto es, de la forma más protectora para el ser humano. Sin embargo, dicha opción tampoco fue aprobada por la mayoría requerida para ello, pues mientras que algunos estimaron que la interpretación del artículo 19 constitucional no era necesaria para resolver el estudio de fondo, otros consideraron que más que una interpretación, se estaba variando el significado que el Constituyente ha sido consistente en atribuirle a la prisión preventiva oficiosa.

---

La primera versión del proyecto puede consultarse en la siguiente liga: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos\\_resolucion\\_scjn/documento/2022-08/AI%20130-2019%20Proyecto.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2022-08/AI%20130-2019%20Proyecto.pdf), consultado el 23 de diciembre de 2022.

36 Las versiones taquigráficas en las que se discutió esa primera versión (5, 6 y 8 de septiembre de 2022), pueden ser consultadas en la siguiente liga: <https://www.scjn.gob.mx/multimedia/versiones-taquigraficas>

37 La segunda versión de proyecto puede consultarse en la siguiente liga: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos\\_resolucion\\_scjn/documento/2022-10/AI%20130-2019%20Nuevo%20Proyecto%20%2824-oct-2022%29.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2022-10/AI%20130-2019%20Nuevo%20Proyecto%20%2824-oct-2022%29.pdf)

38 Las versiones taquigráficas en las que se discutió la segunda versión (22 y 24 de noviembre de 2022), pueden ser consultadas en la siguiente liga: <https://www.scjn.gob.mx/multimedia/versiones-taquigraficas>, consultado el 23 de diciembre de 2022.

Si bien tal decisión no formará parte de las consideraciones del engrose y, por tanto, no constituirán criterio obligatorio (pues constituye una propuesta que finalmente no fue aceptada) lo cierto es que hace pensar que, al menos con la presente integración, el criterio adoptado en la contradicción de tesis 293/2011 está lejos de ser abandonado. Pero además, deja la duda sobre si, a juicio del máximo Tribunal de nuestro país, el texto constitucional no puede ser interpretado a la luz de principio pro-persona, cuando tal interpretación arroje un significado distinto al que el Constituyente Permanente le quiso dar. Se trata de una duda y no de una afirmación, pues no puede dejar de tomarse en cuenta que algunos de los integrantes del Tribunal Pleno decidieron no pronunciarse sobre la interpretación propuesta por el Ministro ponente, pues no lo estimaron necesario para resolver el fondo del asunto.

Ahora bien, en las primeras sesiones en que se discutió la primera versión del proyecto del Ministro Luis María Aguilar Morales, existieron algunas y algunos Ministros que sostuvieron que no podía analizarse el artículo constitucional de mérito porque éste no había sido impugnado; sin embargo, lo cierto es que puede presumirse que, de haberse impugnado, tampoco hubiera procedido su estudio, en términos de la tesis aislada P. VI/2009<sup>39</sup> la cual no ha sido abandonada ni implícita o explícitamente. Esa presunción, además, podría confirmarse atendiendo al criterio adoptado por la Segunda Sala al resolver la contradicción de tesis 105/2021<sup>40</sup>, según el cual se actualiza de manera manifiesta e indudable la improcedencia del juicio de amparo cuando se reclame alguna adición o reforma a la Constitución Federal, respecto a su contenido material.

No obstante, a nuestro parecer, para poder ejercer un control de constitucionalidad y/o convencionalidad sobre la propia Constitución Federal, no resulta necesario su previa impugnación. Veamos por qué.

No nos resulta ajeno ni nos parece problemático afirmar que a fin de resolver cualquier medio de control constitucional, ya sea a través de un control abstracto o difuso, es necesario, en primer lugar, identificar las normas cuya violación esté siendo alegada,

---

39 “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS NO PUEDE CONSIDERARSE COMO LEY NI CONFERIRSELE UN ÁMBITO FEDERAL O LOCAL Y, MENOS AÚN, CLASIFICARSE EN UNA MATERIA EN CONCRETO, PARA LA PROCEDENCIA DE DICHA VÍA.” [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; t. XXIX, abril de 2009, p. 1100. Registro digital: 167595.

40 Resuelta por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de uno de diciembre de dos mil veintiuno, del cual derivó la jurisprudencia 2a./J. 2/2022 (11a.) de rubro y datos siguientes: “IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. SE ACTUALIZA LA CAUSA MANIFIESTA E INDUDABLE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 61, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO, CUANDO SE IMPUGNA ALGUNA ADICIÓN O REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS —RESPECTO A SU CONTENIDO MATERIAL—, LO QUE DA LUGAR A DESECHAR DE PLANO LA DEMANDA DE AMPARO DESDE EL AUTO INICIAL.” [J]; 11a. Época; Segunda Sala; Gaceta del S.J.F.; Libro 10, febrero de 2022, t. II, p. 1654. Registro digital: 2024180.

para poder establecer su sentido y alcance y así estar en aptitud de determinar si la norma o acto cuestionado resulta acorde o no con ella<sup>41</sup>.

En el caso mexicano, como ya se ha dicho aquí muchas veces, el órgano jurisdiccional deberá identificar las normas tanto constitucionales como convencionales que conforman el parámetro de regularidad constitucional que debe regir la resolución del asunto, para posteriormente determinar su alcance.

A nuestro parecer, es precisamente cuando se determina el parámetro de regularidad constitucional aplicable, el momento en el que el órgano jurisdiccional, con fundamento en el artículo 10. constitucional, puede (y debe) realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad del texto fundamental. Dicho control puede manifestarse y arrojar resultados distintos.

En primer lugar, al momento de fijar el parámetro de regularidad constitucional aplicable, el órgano jurisdiccional, por mandato constitucional, deberá interpretar “las normas de derechos humanos” a la luz de lo dispuesto por la propia Constitución Federal y los tratados internacionales. Así, si una norma en materia de derechos humanos (incluidas las constitucionales) admite diversas interpretaciones, deberá preferirse aquella que brinde una protección mayor a la persona, con independencia de que pudiera parecer contraria a la intención de su órgano de creación. Lo anterior no sólo permite que nuestra Constitución Federal no sea estática, sino también situar, por encima de todo y de la voluntad de quien sea, los derechos humanos. Como ejemplo de dicho control de constitucionalidad y convencionalidad se encuentra el propuesto por el Ministro Luis María Aguilar, sobre la manera de entender la prisión preventiva “oficiosa”.

Sin embargo, ¿qué pasaría si la norma constitucional, por su claridad, no admite interpretaciones?. Por ejemplo, ¿qué pasaría si se decide reformar la Constitución Federal a fin de prohibir a las mujeres el derecho al voto?

De antemano se ofrece una disculpa por un ejemplo tan poco imaginativo; sin embargo, lo cierto es que es suficiente para exponer nuestra postura, pues frente a una norma constitucional cuyo contenido resulta abiertamente inconstitucional e inconvencional ¿de verdad estaríamos dispuestos a admitir que, por haber sido emitida por el Constituyente Permanente, no puede hacerse nada al respecto? Nosotros pensamos que no es así.

En un caso tan evidente como el que se expuso, la única respuesta válida desde el punto de vista de los derechos humanos, es la de inaplicar tal disposición a fin de hacer prevalecer aquella que proteja más a la persona, ya sea que se encuentre en el propio texto de la Constitución Federal, en algún tratado suscrito por el Estado Mexicano o, bien, en la interpretación que sobre éste exista. Lo anterior, lejos de implicar una vul-

---

41 Schmill, Ulises y Cossío Díaz, José Ramón, “Interpretación del derecho y concepciones del mundo”, p. 72., <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28259/25526> Consultado el 30 de diciembre de 2022.

neración a la Constitución Federal, significaría darle vida a la intención expuesta por el Constituyente Permanente —reflejada en el artículo 1o. constitucional— de otorgar la misma jerarquía constitucional a las normas en materia de derechos humanos y la correlativa obligación de preferir aquella que proteja más a la persona. Como ejemplo de lo anterior, se encuentra la acción de inconstitucionalidad 155/2007.

Ya se ha dicho aquí. Velar por el cumplimiento de las normas de derechos humanos y por la prevalencia de aquella que, con independencia de su fuente, proteja más a la persona (aun cuando ello signifique preferir aplicar una norma sobre otra constitucional) está lejos de traducirse en un incumplimiento de la Constitución Federal; muy por el contrario, a nuestro parecer, es la única manera en la que nuestra Constitución, finalmente, será respetada.

### 3. CONCLUSIONES

**Primera.** A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, las normas de derechos humanos, independientemente de su origen, gozan de la misma jerarquía constitucional y conforman el parámetro de regularidad constitucional, el cual debe ser observado por todas las autoridades.

**Segunda.** Lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011 resta de eficacia a la reforma constitucional de 2011, pues pese a la intención del Constituyente Permanente de situar en el mismo nivel jerárquico a las normas de derechos humanos, la Suprema Corte consideró que siempre que exista una restricción expresa a un derecho humano en el texto fundamental, éste deberá prevalecer.

**Tercera.** Derivado de lo dispuesto por el artículo 1o. constitucional, los órganos jurisdiccionales deben realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad del propio texto fundamental al momento en el que se determina el parámetro de regularidad constitucional que resultará aplicable para resolver el asunto.

**Cuarta.** Dicho control puede manifestarse y arrojar resultados distintos. En primer lugar, si resulta posible, deberá interpretarse la norma constitucional de conformidad con las normas de derechos humanos previstas en la Constitución Federal y en los tratados internacionales suscritos por México. En segundo lugar, y en caso de que dicha interpretación no sea posible (por el contenido de la propia norma) deberá inaplicarse tal disposición, a fin de hacer prevalecer la norma que más favorece más a la persona.

### 4. FUENTES DE CONSULTA

#### Bibliografía

Guerrero Zazueta, Arturo, *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad*, CNDH, México, 2015.

- Ibáñez Rivas, Juana María, “El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano”, en *Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute, México, 2017.
- Olvera Rangel, Sergio Charbel, “La jurisdicción restaurativa del sistema jurídico estatal: una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales” tesis doctoral, Escuela Libre de Derecho, México, 2021.
- Salazar Ugarte, Pedro (coord.), “La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual”, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2013.
- Sagües, Néstor, Pedro, *La Constitución bajo tensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016.
- Schmill, Ulises y Cossío Díaz, José Ramón, “Interpretación del derecho y concepciones del mundo”, p. 72., <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28259/25526>, consultado el 30 de diciembre de 2022.
- Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, emitida en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay.

## Sitios

- Cámara de Diputados, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm> consultado el 23 de diciembre de 2022.
- Cámara de Diputados, Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lrfyii\\_art105.htm](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lrfyii_art105.htm)
- Cámara de Diputados, Gaceta Oficial, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2009/abr/20090423-XVI.pdf>, consultado el 23 de diciembre de 2022.
- Cámara de Senadores, Gaceta Oficial, disponible en [https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/1/2010-04-07-1/assets/documentos/derechos\\_humanos.pdf](https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/1/2010-04-07-1/assets/documentos/derechos_humanos.pdf), consultado el 23 de diciembre de 2022.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Casos contenciosos, Sentencias*, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm), consultado el 30 de diciembre de 2022.
- Diario Oficial de la Federación, disponible en, <https://www.dof.gob.mx/#gsc.tab=0> consultado el 23 y 30 de diciembre de 2022.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Sentencias y Datos de Expedientes*, disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx>, consultado el 30 de diciembre de 2022.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Versiones taquigráficas*, disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/multimedia/versiones-taquigraficas?fecha=1&field\\_vsts\\_instancia\\_target\\_id\\_1=15&edit-submit-versiones-taquigraficas=Aplicar&page=3](https://www.scjn.gob.mx/multimedia/versiones-taquigraficas?fecha=1&field_vsts_instancia_target_id_1=15&edit-submit-versiones-taquigraficas=Aplicar&page=3), consultado el 30 de diciembre de 2022.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, disponible en: <https://sjfsemanal.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>, consultado el 26 de diciembre de 2022.