



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo
acuerdo número 974181 de fecha 15 de Julio de 1997

“Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en materia
fiscal”

Tesis que para obtener el grado de

Maestro en Derecho Fiscal

Presenta el

Lic. Pablo Fernández de Cevallos y Torres

Director de Tesis

Dr. José Antonio Lozano Díez

A Gabriela.

La sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una calidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez.

Luigi Ferrajoli

El sistema de referencia empleado en la presente investigación es el contenido en los Criterios Editoriales vigentes del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Enciclopedia Jurídica Mexicana, establecidos por la Universidad Nacional Autónoma de México.

ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CFF	Código Fiscal de la Federación
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDFP	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
CoIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
DOF	Diario Oficial de la Federación
IEPS	Impuesto especial sobre producción y servicios
IMSS	Instituto Mexicano del Seguro Social
INFONAVIT	Instituto Nacional del Fondo de la Vivienda para los Trabajadores
ISR	Impuesto sobre la renta
IVA	Impuesto al valor agregado
LCE	Ley de Comercio Exterior
LFPA	Ley Federal de Procedimiento Administrativo
LFPCA	Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo
LIEPS	Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios
LISR	Ley del Impuesto sobre la Renta
LOTFF	Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación
LOTFJFA	Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa
LIVA	Ley del Impuesto al Valor Agregado
OEA	Organización de Estados Americanos
PJF	Poder Judicial de la Federación
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SS	Seguro Social
TFF	Tribunal Fiscal de la Federación
TFJFA	Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa
TLCAN	Tratado de Libre Comercio para América del Norte

ÍNDICE

<u>INTRODUCCIÓN</u>	8
<u>PRIMERA PARTE.- EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA Y LA AMPLIACIÓN DE SU ORBITA COMPETENCIAL</u>	12
<u>Capítulo I.- El pensamiento constitucional de los siglos XIX y XX respecto de la creación de tribunales administrativos</u>	12
<u>Capítulo II.- La ampliación de la orbita competencial del Tribunal Fiscal de la Federación</u>	15
<u>Capítulo III.- La creación del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa</u>	19
1. <u>Exposición de motivos</u>	19
2. <u>Dictamen de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión</u>	21
3. <u>Dictamen de la Cámara de Senadores</u>	22
4. <u>Decreto por el que se reforman diversas disposiciones fiscales</u>	23
<u>Capítulo IV.- El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa continúa ampliando su orbita competencial</u>	25
<u>SEGUNDA PARTE.- LA CLÁUSULA DE INTERPRETACIÓN CONFORME Y LA INTERPRETACIÓN PRO PERSONA COMO PRINCIPIOS INDISPENSABLES PARA EL EJERCICIO DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD POR PARTE DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTIF</u>	27
<u>Capítulo I.- La reforma constitucional publicada en el DOF de 10 de junio de 2011</u>	27
<u>Capítulo II.- La cláusula de interpretación conforme</u>	29
<u>Capítulo III.- El principio pro persona</u>	31
<u>TERCERA PARTE.- EL CONTROL DIFUSO Y EL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD</u>	37
<u>Capítulo I.- El principio de supremacía constitucional como presupuesto tradicional del control de constitucionalidad</u>	37
<u>Capítulo II.- El control concentrado de constitucionalidad</u>	39
<u>CUARTA PARTE.- EL CONTROL DIFUSO Y EL CONTROL CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD</u>	42
<u>Capítulo I.- El origen del control de convencionalidad</u>	42
<u>Capítulo II.- El caso Rosendo Radilla vs. Los Estados Unidos Mexicanos</u>	47
1. <u>Adopción de la CADH por parte de nuestro país, así como el reconocimiento contencioso de la CIDH</u>	47
2. <u>Antecedentes del caso Rosendo Radilla vs Los Estados Unidos Mexicanos</u>	49
3. <u>Sentencia dictada por la CIDH en el caso Rosendo Radilla vs</u>	

Los Estados Unidos Mexicanos.....	52
4. <u>Recepción de la sentencia dictada en el caso Rosendo Radilla, por parte de la SCJN</u>	55
 <u>QUINTA PARTE.- APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD POR PARTE DE LOS MAGISTRADOS QUE INTEGRAN EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA</u>	61
<u>Capítulo I.- Metodología para la aplicación del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad</u>	61
<u>CAPITULO II.- Propuesta metodología para la aplicación, desde el punto de vista adjetivo, del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad por parte de los magistrados del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa</u>	63
 <u>CONCLUSIONES</u>	68
 <u>BIBLIOGRAFÍA</u>	71

INTRODUCCIÓN

A lo largo del siglo XIX, los distintos métodos de interpretación jurídica fueron planteados en un escenario de contienda científica, en el cual, cada escuela o autor pretendía postular el método más completo y eficaz. Por su parte, las legislaciones nacionales fueron adoptando dichos métodos de interpretación jurídica. Sin embargo, con el desarrollo del derecho occidental –y en especial en la materia de derechos humanos–, aparecen nuevos retos en materia de interpretación jurídica, los cuales aumentan en la medida en que el derecho lentamente abandona el plano estrictamente interno, para trasladarse al plano de los tratados o convenios internacionales.¹

Frente a los nuevos retos en materia de interpretación jurídica, así como a la creciente necesidad de maximizar y optimizar los derechos humanos, la doctrina ha planteado diversos principios de interpretación de derechos humanos, dentro de los cuales se encuentran, de manera enunciativa, los siguientes: principio *pro homine*, principio de interpretación evolutiva, principio de interpretación conforme, principio de posición preferente, principio de maximización de los derechos, principio de fuerza expansiva de los derechos, principio del estándar mínimo, principio de progresividad, principio de interacción, principio de irreversibilidad y principio de efectividad o del efecto útil.²

Derivado de lo anterior, distintos países han reconocido en su legislación interna, diversos principios de interpretación de derechos humanos. Nuestro país no ha sido la excepción, pues mediante la reforma constitucional publicada en el DOF de 10 de junio de 2011, se reconocieron, en el párrafo segundo del artículo 1° de la CPEUM, tanto la interpretación conforme como el principio *pro persona* como rectores de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

¹ Amaya Villarreal, Álvaro Francisco, “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del estado”, en *Revista Colombiana de derecho Internacional*, No. 5, Colombia, 2005, pp. 340-341.

² Castilla, Karlos, “El principio *pro persona* en la administración de justicia”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, No. 20, enero-junio 2009, p. 69.

Aunado a lo anterior, en el párrafo 339 de la sentencia dictada por la CIDH el 23 de noviembre de 2009, en el caso *Rosendo Radilla vs. Los Estados Unidos Mexicanos* –el cual, en esencia, reproduce la doctrina sostenida en los casos *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile* y *Aguado Alfaro y Otros vs. Perú* – se establece la obligación a cargo de los jueces del Estado Mexicano –sin distinguir territorio, materia, grado o cuantía– de efectuar un control de convencionalidad *ex officio* respecto de las normas internas y la CADH.

A propósito de ello, en los meses de junio y julio de 2011, la SCJN analizó la manera en que debería adoptarse la sentencia dictada por la CIDH en el caso *Rosendo Radilla vs. Los Estados Unidos Mexicanos*, para lo cual abrió el expediente Varios 912/2010, en cuya resolución la SCJN, pretendió, a partir de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011 y de la necesidad de insertar en nuestro orden jurídico, la sentencia dictada por la CIDH en el caso *Rosendo Radilla vs. Los Estados Unidos Mexicanos*, generar una solución integral en dos sentidos. El primer sentido consiste en reiterar el control concentrado de constitucionalidad, introducir el control difuso de constitucionalidad y establecer las condiciones generales de aplicación y alcance del principio *pro persona*; con ello se generó una solución integral acerca del modo como los órganos del Estado de los diversos órdenes jurídicos deben garantizar la supremacía constitucional. Mientras que el segundo sentido, consiste en que quedó resuelta la cuestión concerniente a la incorporación de los parámetros de convencionalidad a efecto de realizar el control concentrado, el difuso y las condiciones generales de aplicación y alcance del principio *pro persona*. Dicho lo anterior de otra manera, la SCJN estimó que el control de regularidad y la interpretación *pro persona* deben llevarse a cabo no sólo teniendo en cuenta el parámetro de constitucionalidad sino también el de convencionalidad.³

³ Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, “Primeras implicaciones del caso radilla”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, No. 26, junio-diciembre 2012, p. 32.

Con lo anterior, la SCJN rompió el paradigma existente en lo que a los medios de control de constitucionalidad se refiere, alejándose del sistema tradicional de control concentrado, para dar paso a un sistema de control difuso de constitucionalidad y, adicionalmente, de convencionalidad.

Desde luego, que consideramos como un acierto lo anterior; sin embargo, al día de hoy no se encuentra definido ni reglamentado la forma en que los Magistrados integrantes del TFJFA deben implementar, desde el punto de vista procesal, el referido control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, lo cual estimamos que constituye un fuerte obstáculo para la correcta y eficaz implementación del nuevo sistema de impartición de justicia.

Es por ello, que por medio del presente trabajo efectuamos una propuesta de mecanismo mediante el cual los Magistrados integrantes del TFJFA podrían implementar desde el punto de vista procesal, el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, con la finalidad de procurar, ante todo, prevenir y remediar las violaciones a los derechos fundamentales de los gobernados, cumpliendo de esta manera con el mandato impuesto por el artículo 1° de la CPEUM.

Para sustentar lo anterior, el presente trabajo se encuentra dividido en cinco partes. En la primera parte, efectuamos un breve análisis de la creación del TFF y su evolución competencial, hasta convertirse en el TFJFA; lo anterior, con el objeto de establecer claramente la órbita competencial del referido Tribunal. En la segunda parte, realizamos un análisis de la cláusula de interpretación conforme, así como del principio de interpretación *pro persona*, por ser dichos principios indispensables para el ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. En la tercera parte, desarrollamos el tema referente al control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad. En la cuarta parte, desarrollamos el tema referente al control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Finalmente, en la quinta parte, formulamos una propuesta de reforma a la LFPCA, con la finalidad de establecer claramente el mecanismo mediante el cual en que los Magistrados

integrantes del TFJFA deben implementar, desde el punto de vista procesal, el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

PRIMERA PARTE

EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA Y LA AMPLIACIÓN DE SU ÓRBITA COMPETENCIAL

Capítulo I

El pensamiento constitucional de los siglos XIX y XX respecto de la creación de tribunales administrativos

En la segunda mitad del siglo XIX, se dieron dos intentos fallidos de tribunales administrativos. En 1853, siendo presidente de México Antonio López de Santa Anna, entró en vigor la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo. Posteriormente, en 1865, estando Maximiliano de Habsburgo en el poder, entró en vigor la Ley sobre lo Contencioso Administrativo. Ambos ordenamientos y sus respectivos reglamentos fracasaron.⁴

Teodosio Lares⁵ fue el jurista artífice de dichos ordenamientos legales,⁶ en los cuales, para el diseño de la mecánica de justicia administrativa copió el sistema francés de justicia administrativa en su modalidad de justicia retenida. Ello quiere decir, que la sentencia emitida por el Consejo de Estado requería para su definitividad y validez, la posterior aprobación del Ministerio Administrativo que había emitido la resolución enjuiciada; el procedimiento era abreviado y la competencia en materia administrativa genérica.

Como es de imaginarse, por la dudosa equidad del sistema de justicia retenida, así como por lo efímero de ambos regímenes de gobierno, éstos tribunales o consejos administrativos tuvieron una vigencia mínima.

⁴ Para la elaboración de este apartado tomamos las ideas referidas en nuestra tesis de licenciatura relativas a la creación del Tribunal Fiscal de la Federación y su evolución con el paso de los años.

⁵ En el año de 1853, cuando se expidió la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo, Teodosio Lares desempeñó, por orden del General Santa Anna, el cargo de Ministro de Justicia, el cual desempeñó hasta 1855. Posteriormente, para 1865, año en que se expidió la Ley sobre lo Contencioso Administrativo, venía desempeñando el cargo de Presidente de la Asamblea de Notables, y después volvió a encargarse de la cartera de Justicia, y Jefe del Gabinete durante el imperio de Maximiliano. A la caída de este último, permaneció preso.

⁶ En honor a su artífice, dichos tribunales se les conoce vulgarmente como "Tribunales Lares".

Sobre la oportunidad de crear tribunales ordinarios especializados en materia administrativa, en sustitución del juicio de amparo, entrado el siglo XX, concretamente en sus primeros años, la doctrina constitucional mexicana tenía dos vertientes básicas.

Una primera vertiente de pensamiento constitucional, sostenía que era indispensable respetar la procedencia del juicio de amparo indirecto en contra de actos administrativos, pues de lo contrario, el sistema de justicia constitucional-administrativo se vería dañado, atento a que el juicio de amparo era la vía idónea para que la autoridad judicial participara en asuntos administrativos, sujetando así el control constitucional-legal de los actos emanados del Poder Ejecutivo al Poder Judicial.

Otro sector de pensamiento, sostenía la viabilidad de la creación de tribunales federales especializados en materia administrativa, toda vez que la posibilidad de crearlos se encontraba expresamente prevista en la fracción I del artículo 97 de la Constitución de 1857, dispositivo equivalente a la fracción I del artículo 104 de la CPEUM de 1917. Por ello, la corriente en comentario, exigía la creación de un ordenamiento reglamentario de la fracción I del artículo 104 Constitucional, mediante el cual, se diera vida a un tribunal federal especializado en materia administrativa. Esta corriente doctrinal, por lo tanto, planteaba un camino diverso del juicio de amparo para impugnar los actos administrativos.

Así las cosas, siendo Presidente Lázaro Cárdenas del Río y Secretario de Hacienda Eduardo Suárez, se discutió sobre la viabilidad de la creación del TFF. El primer mandatario, en uso de sus facultades legislativas ilimitadas,⁷ expidió la Ley de Justicia Fiscal, mediante la cual, creó el primer tribunal de justicia administrativa en nuestro país, aunque limitado exclusivamente a la

⁷ No hay que olvidar que el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé la facultad del Presidente de la República para legislar exclusivamente en materia de comercio exterior; sin embargo, la redacción original de dicho precepto no contemplaba excepción alguna. Es por ello que fue el Presidente y no el Congreso de la Unión quien creó el Tribunal Fiscal de la Federación.

materia fiscal. Dicha ley fue promulgada el 27 de agosto de 1936 y publicada en el DOF el día 31 de ese mismo mes y año.

Aunque de dudosa constitucionalidad,⁸ el TFF inició labores como el primer tribunal de justicia administrativa en nuestro país el 1° de enero de 1937. Su esfera de competencia por materia se encontraba limitada única y exclusivamente a la fiscal, es decir, a las controversias suscitadas entre los órganos fiscales y los causantes –llamados así en aquel entonces–.

En la exposición de motivos de la Ley de Justicia Fiscal, elaborada por Antonio Carrillo Flores, Alfonso Cortina Gutiérrez y Manuel Sánchez Cuen, se advierte que para el diseño del TFF, tal como ocurrió con los “Tribunales Lares”, se copió el modelo de justicia administrativa francés, pero ahora, en su modalidad de justicia delegada; lo cual implica dirimir las controversias en representación del Ejecutivo Federal por delegación de facultades sin que se exija como requisito de validez de las sentencias una aprobación posterior del órgano administrativo emisor del acto en controversia, subsanado así, las obvias deficiencias del sistema de justicia retenida:

“El Tribunal Fiscal de la Federación estará colocado dentro del marco del Poder Ejecutivo (lo que no implica ataque al principio constitucional de la separación de Poderes, supuesto que precisamente para salvaguardarlo surgieron en Francia los tribunales administrativos); pero no estará sujeto a la dependencia de ninguna autoridad de las que integra ese Poder, sino que fallará en representación del propio Ejecutivo por delegación de facultades que la ley hace. En otras palabras: será un tribunal administrativo de justicia delegada, no de justicia retenida. Ni el Presidente de la República ni ninguna otra autoridad administrativa, tendrá intervención alguna en los procedimientos o en las resoluciones del Tribunal. Se consagrará así, con toda precisión, la autonomía orgánica del cuerpo que se crea; pues el Ejecutivo piensa que cuando esa autonomía no se otorga de manera franca y amplia, no puede hablarse propiamente de una justicia administrativa.”

⁸ En el organigrama administrativo el Tribunal Fiscal de la Federación formaba parte del Poder Ejecutivo y no del Poder Judicial, cuestión que hacía dudosa tanto su independencia como su constitucionalidad, pues resultaba totalmente violatorio del principio de división de poderes consagrado en el primer párrafo del artículo 49 Constitucional. No fue sino hasta 10 años después que, mediante una reforma al artículo 104 de la Carta Magna, se subsanó la cuestión de inconstitucionalidad referida; sin embargo, la discusión sobre la autonomía del Tribunal Fiscal de la Federación respecto de la Secretaría de Hacienda y del Presidente de la República continúa vigente hasta nuestros días. Resulta curioso leer en la exposición de motivos de la Ley de Justicia Fiscal la siguiente afirmación: “...es indudable que los magistrados (del Tribunal Fiscal de la Federación) serán altos empleados de Hacienda, si bien no de la Administración Activa, sino del órgano de justicia fiscal.”

Asimismo, los artífices de la Ley de Justicia Fiscal, pretendieron dar una solución salomónica a las dos vertientes de pensamiento constitucional comentadas líneas arriba, pues propusieron una solución ecléctica para ambas teorías, dado que, por un lado, afirmaron que mediante la creación del TFF no se coartaría el derecho de los gobernados para acudir al juicio de amparo y, por otro lado, dijeron que se abandonaría la intervención de la autoridad judicial ordinaria en asuntos fiscales:

“Dentro de la primera corriente nada puede objetarse en contra de la ley (de Justicia Fiscal), puesto que ésta no coarta en lo absoluto el derecho de los particulares para acudir al juicio de garantías; y ninguna objeción sería válida aún dentro de las concepciones en que se apoya la segunda opinión, porque examinando de acuerdo a ella, el nuevo estatuto no significa otra cosa sino que en la materia tributaria se abandona, por inconveniente, una posibilidad de intervención de la autoridad judicial ordinaria en asuntos administrativos.”

Capítulo II

La ampliación de la órbita competencial del Tribunal Fiscal de la Federación

La Ley de Justicia Fiscal duró dos años vigente, no obstante que en su exposición de motivos se leía que el Ejecutivo Federal tenía el propósito de que dicha ley perdurara, por lo que no habría que *“modificarla en plazo breve, como es frecuente tener que hacerlo tratándose de leyes que organizan servicios hacendarios”*.

En efecto, el 1° de enero de 1939⁹ entró en vigor el primer CFF, el cual abrogó la Ley de Justicia Fiscal de 1936. El citado Código tenía un contenido sustantivo y adjetivo, en tanto que regulaba las dos partes fundamentales de la doctrina procesal fiscal: la parte oficiosa y la parte contenciosa, es decir, en una primera parte se regulaba la relación entre los causantes y el fisco federal; además de los delitos fiscales y la actividad recaudadora gubernamental y, en una segunda parte, se regulaba el juicio de nulidad.

Durante su vigencia, el citado CFF, fue reformado en diversas ocasiones. Para efectos del presente trabajo, conviene resaltar que, de vez en

⁹ DOF del 31 de diciembre de 1938.

vez, fue reformado el artículo 160 del CFF, el cual fijaba la competencia de las Salas del TFF, para adicionar otras materias –diversas de las fiscales–, tales como: controversias en pensiones militares, cumplimiento e interpretación de contratos de obra pública celebrados por dependencias del Ejecutivo Federal. Además en su última fracción dispuso: “*Cuando una ley especial otorgue competencia al Tribunal Fiscal de la Federación*”; lo cual representó una puerta abierta que aprovechó el Congreso de la Unión para agregar otras materias como fueron: la prevista por la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal,¹⁰ la que se previó por la Ley del Seguro Social¹¹ que calificó de crédito fiscal a las cuotas del SS y del IMSS como organismo fiscal autónomo; en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las controversias acerca de las fianzas otorgadas a favor de la Federación, del Distrito y territorios federales, de los estados o de los municipios; y hasta nueva materia tributaria,¹² controversias fiscales del Departamento del Distrito Federal.¹³

Los años siguieron, y se dieron dos caminos para aumentar la órbita competencial del TFF: (i) las reformas del CFF, principalmente –al ya referido– artículo 160; y, (ii) la atribución específica de otros ordenamientos que lo dotaron de competencia para dirimir controversias concretas. Incluso, las diversas leyes orgánicas del mismo Tribunal (1967, 1978 y 1995), poco a poco, fueron ampliando su competencia cada vez más, abandonando la fiscal y dando paso a una administrativa.

Posteriormente se dotó al TFF de facultades para conocer de pensiones civiles de los Trabajadores del Estado, responsabilidades administrativas de los funcionarios o empleados de la Federación, multas por infracción a normas administrativas federales, cuotas de seguridad del INFONAVIT, pagos de garantías a favor de la Federación y en materia de comercio exterior, entre otras.

¹⁰ DOF del 31 de diciembre de 1941.

¹¹ Reforma publicada en el DOF de 28 de febrero de 1949.

¹² Reforma publicada en el DOF de 31 de diciembre de 1946.

¹³ Nava Negrete, Alfonso, “Setenta años del tribunal federal administrativo en México” en *Contencioso administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 241.

Un claro ejemplo del aumento competencial dado por un ordenamiento específico se dio en el año de 1993, con la celebración del TLCAN, pues con la entrada en vigor de la LCE,¹⁴ se amplió la competencia que al respecto ya tenía el TFF, atento a que el artículo 94 del ordenamiento en cita dispuso incluir como objeto del recurso de revocación, y por lo tanto del juicio de nulidad, nueve tipos de resoluciones adicionales a las que regulaba la anterior ley, puesto que ahora ya no se limitan a la determinación y aplicación de cuotas compensatorias, es decir, la participación del TFF adquiere gran relevancia con un sensible incremento en el manejo de aspectos técnicos, relativos a las medidas de regulación y restricciones no arancelarias en comercio internacional; tales como: permisos previos, cupos máximos, marcado del país de origen y certificación de origen; además de otras resoluciones en materia de investigación de prácticas desleales de comercio internacional y medidas de salvaguarda.¹⁵ Además, del artículo 95 al 98 de la LCE que se comenta, se reguló el procedimiento contencioso administrativo federal derivado del comercio internacional.

Así las cosas, para el año de 1993 –a los 57 años de creación del TFF–, la mayoría de los asuntos que venía conociendo no eran estrictamente de naturaleza fiscal sino administrativa. En efecto, según el informe de labores de ese año, de 15,828 juicios que se promovieron, 3,974 fueron del IMSS; 1,613 del ISR; 921 de Aduanas, 619 del IVA; 341 del INFONAVIT; 45 en materia de Derechos; 34 del IEPS; 23 del Registro Federal de Vehículos; y 11 de impuestos especiales; es decir, de un total de 15,828, sólo 7,581 fueron en materia de contribuciones; esto es, menos de la mitad.¹⁶

Para los años posteriores, la tendencia de convertir al TFF en un tribunal de lo contencioso administrativo federal aumentó, si no formalmente, sí materialmente, dado que se le otorgó competencia para conocer de asuntos de

¹⁴ DOF de 27 de julio de 1993.

¹⁵ Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto, “La nueva competencia del tribunal fiscal de la federación”, en *Autonomía y competencia del tribunal fiscal de la federación*, Editorial del Tribunal Fiscal de la Federación, México, 1995, p. 16.

¹⁶ Cfr. Informe de labores del Tribunal Fiscal de la Federación correspondiente al año de 1993.

responsabilidad patrimonial del Estado,¹⁷ derivado de las diversas reformas,¹⁸ a las leyes de esa materia.

Finalmente, con motivo de la publicación de la LFPA,¹⁹ se le otorgó competencia al TFF para conocer de las resoluciones recaídas al recurso de revisión previsto en el artículo 83 del ordenamiento en cita. Con ello, la amplitud competencial del TFF vino a confirmarse totalmente, pues la LFPA²⁰ es un ordenamiento cuyo ámbito material de validez es sumamente extenso, atento a que regula el procedimiento administrativo de todos los actos emanados de la administración pública federal, con excepción de la materia fiscal –tratándose de contribuciones y sus respectivos accesorios–, de responsabilidad de servidores públicos, justicia agraria y laboral. Incluso, no debe soslayarse el hecho de que por virtud del segundo transitorio del ordenamiento en cuestión, se derogaron todas las disposiciones que, en aquél entonces, se opusieran a lo establecido en ella, en particular, los diferentes recursos administrativos previstos en las diversas leyes administrativas.

Capítulo III

La creación del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

En el año de 1996 entró en vigor una nueva LOTFF.²¹ Dicho ordenamiento sufrió reformas importantes en los años de 1996 y 1998, ambas fueron de carácter estructural o estrictamente orgánico, pues se modificó la integración de la Sala Superior, así como su forma de operación a través de Pleno o Secciones.

¹⁷ La legislación mexicana había quedado evidentemente rezagada en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. Los primeros avances se produjeron en 1941 con la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal; sin embargo, fue derogada cuatro décadas después.

¹⁸ DOF de 10 de enero de 1994.

¹⁹ DOF de 4 de agosto de 1994.

²⁰ La Ley Federal de Procedimiento Administrativo entró en vigor el 1° de junio de 1995.

²¹ DOF de 15 de diciembre de 1995.

La reforma más trascendental que sufrió el ordenamiento de referencia fue en el año 2000,²² toda vez que concretizó la “evolución” que durante los años el TFF venía dando, es decir, lo convirtió de un tribunal destinado al estudio de temas estrictamente fiscales a un auténtico tribunal de lo contencioso administrativo federal.

Sin duda, del paquete de reformas que fue “discutido” ese año, la reforma a la LOTFF que se comenta, fue la que más trascendencia tuvo en la vida jurídica de nuestro país.

Por la importancia que la reforma de 31 de diciembre de 2000 representa para el presente trabajo, a continuación formulamos un análisis del proceso legislativo mediante al cual fue aprobada.

1. Exposición de Motivos:²³

El 5 de diciembre de 2000, el entonces Presidente de la República Vicente Fox Quezada, dirigió al Presidente de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión la *“Iniciativa de Decreto que Reforma Diversas Disposiciones Fiscales (Miscelánea Fiscal)”*. Dicha iniciativa de reforma fue dividida en tres apartados: (i) Medidas de seguridad jurídica y promoción del cumplimiento voluntario; (ii) Medidas para adecuar las disposiciones fiscales al entorno económico; y, (iii) Medidas para combatir la evasión y elusión.

La iniciativa en cita, contemplaba reformas para casi todos los ordenamientos tanto adjetivos como sustantivos en materia fiscal. En efecto, se puso a discusión la viabilidad de reformar el CFF, la LISR, la LIVA, la LIEPS, así como la LOTFF.

La reforma a la LOTFF, se agrupó en el primer rubro de la iniciativa, es decir, en el de *“Medidas de seguridad jurídica y promoción del cumplimiento voluntario”*. Ahí se trataron diversos puntos, principalmente por lo que hace a

²² DOF de 31 de diciembre de 2000.

²³ Gaceta Parlamentaria, año III, número 646-I, jueves 7 de diciembre de 2000, Anexo I.

los siguientes temas: negativa ficta, documentos que se deben adjuntar a la demanda, supresión de la declaración bajo protesta de decir verdad cuando no se haya entregado constancia de notificación, suspensión del procedimiento de ejecución cuando se garantice el interés fiscal de la federación, modernización de los procedimientos de notificación, regularización de las diligencias de exhorto, establecimiento de Salas Regionales adicionales bajo el principio de regionalización, así como dotar a la Sala Superior de facultades para fijar las bases para la práctica de visitas en las Salas Regionales.

Hay que destacar que nada se mencionó referente a la amplitud competencial del TFF, pues sólo se propuso reformar los artículos 16, fracciones V, X, XI y XIII; 20, fracción I, inciso a); 28; 29, y 31, y adicionar el artículo 11, con dos párrafos finales.

La referida adición al artículo 11, mismo que regulaba la esfera competencial del TFF, se propuso en los siguientes términos:

Artículo	11.	...
.....		
"También conocerá de los juicios que se promuevan contra una resolución negativa ficta configurada, en las materias señaladas en este artículo, por el transcurso del plazo que señalen las disposiciones aplicables o, en su defecto, por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Asimismo, conocerá de los juicios que se promuevan en contra de la negativa de la autoridad a expedir la constancia de haberse configurado la resolución positiva ficta, cuando ésta se encuentre prevista por la ley que rija a dichas materias.		

No será aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior en todos aquellos casos en los que se pudiere afectar el derecho de un tercero, reconocido en un registro o anotación ante autoridad administrativa."

2. Dictamen de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión:²⁴

La Comisión de Hacienda y Crédito Público de la Cámara de Diputados, de conformidad con las facultades que le confiere la Ley Orgánica del

²⁴ Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, Año I, Primer Periodo Ordinario, LVIII Legislatura, Número 32, Sesión de 21 de diciembre de 2000.

Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, se dio a la tarea de estudiar, analizar y dictaminar la iniciativa de reforma que comentamos.

Por lo que hace al apartado referente a la reforma y adición a la LOTFF, se dictaminó lo siguiente:

“Esta comisión dictaminadora coincide con el Ejecutivo Federal en la necesidad de regionalizar el Tribunal Fiscal de la Federación para atender de manera más eficaz el creciente número de demandas que se presentan para combatir actos administrativos. Por ello, recomienda a esta Asamblea aprobar la propuesta de reforma a diversos artículos de la Ley Orgánica de dicho Tribunal Fiscal de la Federación, a fin de facultar a la Sala Superior de la circunscripción territorial, la sede y el número de salas que se requieran para lograr una adecuada distribución de los asuntos que son sometidos a su consideración por los particulares.”

Para lograr ello, se propuso como nueva redacción del artículo 11 de la LOTFF, la siguiente:

Artículo

11.....

[...]

XIII. Las dictadas por las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

XIV. Las que decidan los recursos administrativos en contra de las resoluciones que se indican en las demás fracciones de este artículo.

XV. Las señaladas en las demás leyes como competencia del tribunal.

Nótese que fue la Comisión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de la Cámara de Diputados la que añadió los supuestos de amplitud competencial del Tribunal.

Los supuestos de amplitud competencial que referimos fueron de gran trascendencia, puesto que por virtud de los mismos se aperturó la procedencia del juicio de nulidad para impugnar prácticamente todo tipo de actos administrativos.

Asimismo, la fracción III del artículo Decimoprimer del “*Decreto que Reforma Diversas Disposiciones Fiscales*” previó, por primera vez, el cambio de denominación del TFF a TFJFA:

Artículo

Decimoprimer.....

[...]

III. Se reforma la denominación del Tribunal Fiscal de la Federación para la de Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. En consecuencia, se reforma la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación tanto en su título como en sus disposiciones, así como en todas aquellas contenidas en el Código Fiscal de la Federación y en las demás leyes fiscales y administrativas federales, en las que se cite al Tribunal Fiscal de la Federación, para sustituir ese nombre por el de Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

3. Dictamen de la Cámara de Senadores:²⁵

Por su parte, las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión recibió la minuta enviada por la Cámara de Diputados, a la cual, le hizo diversos ajustes, modificaciones y adecuaciones.

No obstante, no hubo ninguna modificación esencial a la minuta aprobada por la Cámara de Diputados. Incluso, no se hizo mayor referencia o comentario respecto de la ampliación competencial del TFF o respecto de su cambio de denominación; únicamente se mencionó que era uno de tantos temas destacados:

“Los Senadores integrantes de estas comisiones enviaron a su homóloga de la Honorable Coleisladora, sus propuestas de modificaciones respecto de la iniciativa del Ejecutivo Federal correspondiente al Decreto objeto de dictamen. Durante el desarrollo de las reuniones de trabajo que se efectuaron en la Cámara de Diputados, se hicieron diversos ajustes, modificaciones y adecuaciones en la minuta en cuestión, que recogen las proposiciones efectuadas por diversos integrantes Senadores de estas comisiones, entre las que destacan las siguientes:”

[...]

“Todo lo relativo al ámbito de competencia y procedimiento del Código Fiscal de la Federación y la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación.”

²⁵ Diario de los Debates de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, LVIII Legislatura, Año I, Primer Periodo Ordinario, Diario No. 36, 27 de diciembre de 2000.

[...]

“Ciertamente, estas comisiones consideran atendibles las modificaciones y reformas a diversas disposiciones fiscales, contenidas en la minuta, pero advierte que, de manera impostergable, es menester llevar a cabo la reforma fiscal integral, a fin de dotar al país de un sistema tributario realmente justo y equitativo simplificado, con plena y total seguridad jurídica, y orientada a estimular la inversión y el empleo.”

Finalmente, mediante el resolutivo único del dictamen de referencia, se aprobó, en sus términos, la minuta con proyecto de Decreto de reforma enviada por la Cámara de Diputados.

4. Decreto por el que se reforman diversas disposiciones fiscales.²⁶

Efectuadas las respectivas votaciones y cumplimentados todos los tramites de ley, el Congreso de la Unión, finalmente, dirigió al Presidente de la República el *“Decreto por el que se Reforman Diversas Disposiciones Fiscales”* para su promulgación.

Por lo que hace a la LOTFF, se reformaron los artículos 3º, segundo párrafo, incisos a) y b); 11, fracciones XIII y XIV; 16, fracciones V, X, XI, y XIII; 20, fracción I, inciso a); 28; 29 y 31; y se adicionaron los artículos 11, con una fracción XV y con dos párrafos finales y 16, con una fracción I-Bis.

La modificación más relevante, para efectos del presente trabajo, se dio –en el ya referido– artículo 11 de la ley en comento, pues la redacción definitiva quedó de la siguiente manera:

Artículo

11.....

[...]

XIII. Las dictadas por las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

²⁶ DOF de domingo 31 de diciembre de 2000.

XIV. Las que decidan los recursos administrativos en contra de las resoluciones que se indican en las demás fracciones de este artículo.

XV. Las señaladas en las demás leyes como competencia del Tribunal.

[...]

También conocerá de los juicios que se promuevan contra una resolución negativa ficta configurada, en las materias señaladas en este artículo, por el transcurso del plazo que señalen las disposiciones aplicables o en su defecto, por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Asimismo, conocerá de los juicios que se promuevan en contra de la negativa de autoridad a expedir la constancia de haberse configurado la resolución positiva ficta, cuando ésta se encuentre prevista por la ley que rija a dichas materias.

No será aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior en todos aquellos casos en los que se pudiera afectar el derecho de un tercero, reconocido en un registro o anotación ante la autoridad administrativa.

Por su parte, la fracción III del artículo Decimoprimero de las Disposiciones Transitorias de la LOTFF, confirmó el cambio de denominación a TFJFA, en los mismos términos en que lo había propuesto la Cámara de Diputados:

**Artículo
Decimoprimero.....**

[...]

III. Se reforma la denominación del Tribunal Fiscal de la Federación para la de Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. En consecuencia, se reforma la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación tanto en su título como en sus disposiciones, así como en todas aquellas contenidas en el Código Fiscal de la Federación y en las demás leyes fiscales y administrativas federales, en las que se cite al Tribunal Fiscal de la Federación, para sustituir ese nombre por el de Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Mediante el Decreto transcrito, se dotó de una competencia total en materia administrativa al TFJFA, dando fin con ello a la mecánica de “injertos competenciales” que se practicó durante más de 64 años.

En efecto, la reforma en comento hizo posible que de manera definitiva se unieran las jurisdicciones fiscal y administrativa en el ámbito competencial del TFJFA.

Capítulo IV

El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa continúa ampliando su órbita competencial

El 1° de enero de 2001 inició labores el TFJFA. Su competencia se desprendía de su Ley Orgánica; sin embargo, otras leyes administrativas le daban injerencia y le siguieron atribuyendo otras materias específicas, tal y como ocurrió con la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos,²⁷ en el año de 2002.²⁸

Posteriormente, para el año 2005 el CFF fue derogado en su parte adjetiva; creándose la LFPCA,²⁹ misma que entró en vigor el 1° de enero de 2006. Dicho ordenamiento, vino a mejorar de forma cuantitativa la competencia del TFJFA, atento a que en el primer párrafo de su artículo 2°, se dispuso lo siguiente: *“El juicio contencioso administrativo federal, procede contra las resoluciones administrativas definitivas que establece la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa”*. Podría afirmarse que reconoce en el Tribunal su competencia en todo lo contencioso administrativo federal. Añade la ley, en el segundo párrafo del artículo en comentario: *“Asimismo procede dicho juicio contra los actos administrativos, decretos y acuerdos de carácter general, diversos a los reglamentos, cuando sean autoaplicativos o cuando el interesado los controvierta en unión del primer acto de aplicación”*.

Luego, de la lectura integral del citado artículo, observamos que indistintamente se refiere a actos administrativos, tanto particulares como generales.

Con base en ello, los actos administrativos particulares podrán impugnarse por tratarse de actos formal y materialmente administrativos, mientras que los actos generales, autoaplicativos o heteroaplicativos, podrán ser impugnados a nivel legalidad. Esto último es importante, dado que se

²⁷ DOF de 13 de marzo de 2002.

²⁸ Nava Negrete, Alfonso, *op. cit.*, nota 12, p. 243.

²⁹ DOF de 1° de diciembre de 2005.

reconoce competencia al Tribunal para conocer de la legalidad de esos actos, pues siempre hubo jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito en materia administrativa y de la SCJN de reservar dicha competencia a los Juzgados de Distrito, vía juicio de amparo y, en consecuencia, negársela al Tribunal.³⁰

Del análisis histórico efectuado podemos concluir que el TFJFA, con el paso de los años, ha ampliado su órbita de competencia. Ahora bien, como demostraremos en el presente trabajo, dicho Tribunal se encuentra frente a un reto muy importante, en tanto que los Magistrados que lo integran se encuentran obligados a aplicar un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, respecto de lo cual abordaremos más adelante.

³⁰ Nava Negrete, Alfonso, *op. cit.*, nota 12, p. 244.

SEGUNDA PARTE

LA CLÁUSULA DE INTERPRETACIÓN CONFORME Y LA INTERPRETACIÓN PRO PERSONA COMO PRINCIPIOS INDISPENSABLES PARA EL EJERCICIO DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD POR PARTE DE LOS MAGISTRADOS QUE INTEGRAN EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTIFICACIÓN FISCAL Y ADMINISTRATIVA

Capítulo I

La reforma constitucional publicada en el DOF de 10 de junio de 2011

A lo largo del siglo XIX, los distintos métodos de interpretación jurídica fueron planteados en un escenario de contienda científica, en el cual, cada escuela o autor pretendía postular el método más completo y eficaz. Por su parte, las legislaciones nacionales fueron adoptando dichos métodos de interpretación jurídica. Sin embargo, con el desarrollo del derecho occidental –y en especial en la materia de derechos humanos–, aparecen nuevos retos en materia de interpretación jurídica, los cuales aumentan en la medida en que el derecho lentamente abandona el plano estrictamente interno, para trasladarse al plano de los tratados o convenios internacionales.³¹

Frente a los nuevos retos en materia de interpretación jurídica, así como a la creciente necesidad de maximizar y optimizar los derechos humanos, la doctrina ha planteado diversos principios de interpretación de derechos humanos, dentro de los cuales se encuentran, de manera enunciativa, los siguientes: principio *pro homine*, principio de interpretación evolutiva, principio de interpretación conforme, principio de posición preferente, principio de maximización de los derechos, principio de fuerza expansiva de los derechos, principio del estándar mínimo, principio de progresividad, principio de interacción, principio de irreversibilidad y principio de efectividad o del efecto útil.³²

Derivado de lo anterior, distintos países han reconocido en su legislación interna, diversos principios de interpretación de derechos humanos. Nuestro

³¹ Amaya Villarreal, Álvaro Francisco, *op. cit.*, nota 1, pp. 340-341.

³² Castilla, Karlos, *op. cit.*, nota 2, p. 69.

país no ha sido la excepción, pues mediante la reforma constitucional publicada en el DOF de 10 de junio de 2011, se reconocieron, en el párrafo segundo del artículo 1° de la CPEUM, tanto la interpretación conforme como el principio *pro persona* como rectores de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

El referido párrafo segundo del artículo 1° de la CPEUM contempla a los principios de interpretación conforme y *pro persona* de la siguiente manera:

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

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

[...]

Como demostraremos más adelante, tanto el principio de interpretación conforme como el principio *pro persona*, representan principios indispensables para el ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en materia tributaria; incluso, la SCJN ha reconocido que dichos principios forman parte fundamental del ejercicio de aplicación del referido control difuso.

Consideramos un gran acierto la reforma constitucional antes aludida, toda vez que por medio de ésta, nuestro país recogió doctrina internacional en materia de derechos humanos, además de que, en cierta manera, se colocó a la vanguardia en materia de interpretación de derechos humanos.

A continuación profundizaremos en el estudio de los referidos principios.

Capítulo II

La cláusula de interpretación conforme

La interpretación conforme, también denominada por Velluzzi “adaptativa”, es aquella en la que se adecua el significado de una disposición

de jerarquía menor al significado que se le haya establecido en otras normas de rango superior o a un principio general del Derecho.³³

De esta manera, el segundo párrafo del artículo 1° de la CPEUM establece que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con lo dispuesto por la propia CPEUM y con los tratados internacionales de la materia.

La cláusula de interpretación conforme establecida por nuestro constituyente contiene dos parámetros de aplicación; a saber: la CPEUM y los tratados internacionales de la materia.

El hecho de que la cláusula de interpretación conforme se encuentra referida a los tratados relativos a “la materia” de derechos humanos, como también precisa el artículo 10.2 de la Constitución Española, no significa otra cosa más que todos aquellos tratados internacionales que tienen por objeto el desarrollo de los derechos humanos y sus garantías, y que ostentan algunas notas fundamentales, como el ser normativos y no sinalagmáticos; el objeto y fin dirigido a la protección de las persona; el generar organismos para supervisión y control; y, ante estos organismos, hacer valer una serie de garantías para la reparación de los derechos, y la construcción de una jurisprudencia que va marcando la conformación de un *ius commune* internacional.³⁴

No se debe perder de vista que los tratados en materia de derechos humanos tienen una naturaleza jurídica distinta de aquellos que se refieren a la materia comercial o aquellos que tienen por objeto evitar la doble tributación, ya que si bien los instrumentos internacionales generan, por regla general, obligaciones para el Estado en relación con los demás Estados de la comunidad internacional –dependiendo de la naturaleza bilateral o multilateral

³³ Cfr. Hallivis, Manuel, “Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en materia tributaria”, en *El Mundo del Abogado*, México, 1° de abril de 2012, p. 26.

³⁴ Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación y el principio pro persona (artículo 1o., segundo párrafo, de la constitución)”, consultado el 19 de febrero de 2013 en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/6.pdf>, p. 116.

del instrumento—, los instrumentos de derechos fundamentales se encuentran orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar derechos y libertades del ser humano. Los tratados modernos sobre derechos fundamentales no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes; su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. De este modo, al aprobar los tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su imperio.³⁵

La cláusula de interpretación conforme hacia los tratados sobre derechos humanos, por tanto, es una respuesta efectiva a la doctrina del control de convencionalidad (misma que trataremos más adelante) que ha venido desarrollando la CIDH, en tanto que se trata de una tarea precisamente en clave hermenéutica.³⁶

Como se puede advertir, estamos ante la adopción plena de un sistema de interpretación que cierra un círculo de reenvíos, desde el artículo 29 de la CADH³⁷ a la CPEUM y, viceversa, desde el artículo 1º, segundo párrafo, de la CPEUM a la propia CADH. De esta forma, se integra un bloque de convencionalidad —que debe ser atendido por todos los operadores de justicia

³⁵ Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, “Los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales y el principio pro homine”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, T. LVII, Vol. I, No. 247, enero-junio, 2007, p. 378.

³⁶ Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, nota 33, p. 119.

³⁷ Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

(difuso)– en relación con su incorporación a un bloque de constitucionalidad en el ahora artículo 1°, segundo párrafo de la CPEUM.³⁸

Capítulo III

El principio *pro persona*

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como todo corpus jurídico, se nutre de reglas y principios. Algunos de estos últimos derivan en particular del derecho internacional público, y otros son propios de la disciplina, establecidos para hacer efectiva la aplicación de las normas. Sin duda, el más importante de ellos es aquel que la doctrina llama principio *pro homine*.³⁹

El principio *pro homine*, el cual nosotros llamaremos principio *pro persona* por tener un sentido más amplio y con perspectiva de género, tiene como finalidad acudir a la norma más protectora y/o preferir la interpretación de mayor alcance de ésta al reconocer/garantizar el ejercicio de un derecho fundamental; o bien, en sentido complementario, aplicar la norma y/o interpretación más restringida al establecer limitaciones/restricciones al ejercicio de los derechos humanos.⁴⁰

Este principio ha sido definido por Mónica Pinto como “...un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria...”.⁴¹

³⁸ Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, nota 33, p. 121.

³⁹ Salvioli, Fabían, “Un análisis desde el principio *pro persona* sobre el valor jurídico de las decisiones de la comisión internacional de derechos humanos”, *En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos*, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 2.

⁴⁰ Castilla, Karlos, *op. cit.*, nota 2, p. 70.

⁴¹ Cfr. Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Argentina, Centro de Estudios Legales y Sociales-Editorial del Puerto, 1997, p. 163.

Al establecer el envío normativo, sobre derechos humanos a la CPEUM y a los tratados internacionales, el artículo 1º, segundo párrafo *in fine*, señala: “...favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, lo cual contiene el principio *pro persona*, que es el criterio indispensable de actuación hermenéutica ante la cláusula de interpretación conforme, y cuyo sentido es precisamente señalar la preferencia de aplicación ante los reenvíos que se realizan desde las normas sobre derechos a la CPEUM y a los tratados internacionales. Cumple con dos objetivos: a) definir el estándar de integración normativa, es decir, construir el contenido constitucionalmente declarado de los derechos al que alude el Tribunal Constitucional Español; y, b) señalar la norma aplicable en caso de antinomias, y con independencia de su posición jerárquica, respetando el contenido mínimo esencial del derecho que debe restringirse si se trata de dos normas constitucionales.⁴²

Hacemos especial énfasis en el objetivo señalado en el párrafo que antecede, en tanto que mucha polémica se ha hecho respecto de la manera en la que debe solucionarse un problema de colisión entre disposiciones relativas a derechos humanos previstas en la CPEUM y en los tratados internacionales, a propósito de la nueva configuración constitucional en materia de derechos humanos. De ser el caso, esto es, de actualizarse la colisión normativa antes aludida, ésta se solucionaría empleando la interpretación *pro persona*, pues deberá aplicarse la norma que constituya un mayor beneficio para la persona, descartándose, por ende, aquella que genere un beneficio menor.

Este principio interpretativo, por tanto, impone acudir a la norma más amplia, o bien, a la interpretación más restringida, según sea el caso, cuando se trate de establecer protecciones o restricciones a los derechos fundamentales. Por ello, se trata de un principio que coincide con uno de los rasgos esenciales de los derechos fundamentales: su aplicación más favorable a la persona humana.⁴³

⁴² Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, nota 33, p 130.

⁴³ Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 34, p. 381.

El principio *pro persona* tiene dos reglas principales: preferencia interpretativa y preferencia de normas. La preferencia interpretativa, a su vez, tiene dos manifestaciones: la interpretativa extensiva y la interpretativa restringida. Por su parte, la preferencia de normas tiene dos manifestaciones: la preferencia de la norma más protectora y la de la conservación de la norma más favorable,⁴⁴ tal como se ilustra en el siguiente cuadro:

Preferencia interpretativa	a. Interpretación extensiva
	b. Interpretación restringida
Preferencia de normas	a. Preferencia de la norma más protectora
	b. Conservación de la norma más favorable

La *preferencia interpretativa del principio pro persona*, parte de la base de que el juzgador o intérprete jurídico se encuentra frente a una norma de derechos humanos, con contenido de derechos humanos o que sirve para proteger derechos humanos, respecto de la cual se pueden hacer varias interpretaciones.

La *preferencia interpretativa* conlleva a dar a la norma en cuestión su más amplia interpretación para que los derechos humanos que ésta contiene o protege se ejerzan, o bien, conlleva a dar a dicha norma el mínimo alcance interpretativo posible si se trata de limitar o suspender el ejercicio de los derechos humanos que ésta contiene o protege.

Cuando esta regla se manifiesta a través de la *preferencia interpretativa restringida*, implica que cuando se establecen restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria, la norma debe ser interpretada de manera tal que se limite o restrinja lo menos posible dicho derecho.⁴⁵

⁴⁴ Castilla, Karlos, *op. cit.*, nota 2, p. 71.

⁴⁵ Cfr. Castilla, Karlos, *op. cit.*, nota 2, p. 76.

Por su parte, cuando esta regla se manifiesta mediante la *preferencia interpretativa extensiva*,⁴⁶ implica que ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella interpretación que conduzca a una mejor y más amplia protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio.⁴⁷

La segunda regla principal de aplicación del principio *pro persona*, esto es, la *preferencia de normas*, se presenta cuando una situación concreta le es posible aplicar dos o más normas vigentes.

Cuando esta regla se manifiesta a través de la *aplicación de la norma más protectora*, el juez o intérprete jurídico deberá escoger la norma más protectora o la menos restrictiva, según sea el caso, sin importar la ubicación jerárquica que ocupe ésta en el sistema jurídico.⁴⁸

Por otra parte, cuando esta regla se manifiesta mediante la *conservación de la norma más favorable*, se añade un elemento de temporalidad, ya sea que se trate de casos en los que una norma posterior puede desaplicar o incluso derogar una norma anterior de igual o inferior jerarquía, ya se de manera expresa o tácita con el fin de proteger de mejor manera los derechos humanos. Por consiguiente, la norma posterior que ofrece una menor protección o impone mayores restricciones al ejercicio de un derecho fundamental, no deroga o desaplica a la norma anterior, sin importar si es de igual, menor o mayor rango jerárquico, siempre y cuando la norma anterior sea la que consagre mejores o mayores protecciones para las personas.⁴⁹

Esta manifestación de la *preferencia de normas*, implica la superación del método tradicional de solución de antinomias referente a que la ley posterior deroga a la ley anterior (*lex posterior derogat prior*), atento a que sin importar la temporalidad –o incluso la jerarquía– la norma que deberá aplicar el

⁴⁶ Como subprincipios del principio de preferencia interpretativa extensiva encontramos el *In dubio pro reo*, *Favor libertatis*, *Favor rei*, *Favor debilis*, *In dubio pro operario*, *In dubio pro libertate*, *In dubio pro actione*.

⁴⁷ *Ibid*, p. 78.

⁴⁸ *Ibid*, p. 72.

⁴⁹ *Ibid*, p. 74.

juez o el intérprete jurídico es aquella que represente una mayor protección a los derechos humanos, o bien, una menor restricción a los mismos.

En el ámbito del derecho internacional, existen distintos tratados que establecen cláusulas de interpretación *pro persona*. Por ejemplo, el artículo 29 de la CADH establece lo siguiente: “Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. Limitar el goce o ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa del gobierno, y d. Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Entre otros ejemplos de tratados internacionales que establecen cláusulas referentes al principio *pro persona*⁵⁰, mencionamos los siguientes: el artículo 31 de la Convención de Viena⁵¹, el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵², el artículo 23 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁵³, el

⁵⁰ Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, No. 39, enero-junio, 2004, pp. 89-91.

⁵¹ Artículo 31: “...la invocación y el uso de la norma más protectora son perfectamente aceptados, en la doctrina acerca de la defensa judicial en derechos humanos, debido al objetivo garantista que orienta la materia”.

⁵² Artículo 5: “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

⁵³ Artículo 23: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de: a) la legislación de un Estado Parte; o b) cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado”.

artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁴, el artículo 1.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes⁵⁵, el artículo XV de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas⁵⁶ y el artículo VII de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad⁵⁷.

⁵⁴ Artículo 41: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) el derecho de un Estado Parte; o b) en derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

⁵⁵ Artículo 1.2: “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.

⁵⁶ Artículo XV: “Nada de lo estipulado en la presente Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales y otros acuerdos suscritos entre las partes”.

⁵⁷ Artículo VII: “No se interpretará que disposición alguna de la presente Convención restrinja o permita que los Estados Partes limiten el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad reconocidos por el derecho internacional consuetudinario o los instrumentos internacionales por los cuales un Estado Parte está obligado”.

TERCERA PARTE

EL CONTROL DIFUSO Y EL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD

Capítulo I

El principio de supremacía constitucional como presupuesto tradicional del control de constitucionalidad

Por virtud del principio de supremacía constitucional se deja claro que la Constitución es la norma de rango superior en el orden jurídico nacional y que los actos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales deben subordinarse a ella, pues de lo contrario carecen de validez.⁵⁸

El principio de supremacía constitucional tiene su origen en el *Plan de Nueva Jersey* presentado por William Paterson en los trabajos del Constituyente de Filadelfia, Estados Unidos de Norteamérica, en 1787. Posteriormente, al aprobarse la Constitución de dicho país, en vigor desde 1789, se recogió el referido *principio de supremacía constitucional*.

La forma en que se dio vigencia al principio de supremacía constitucional fue mediante la *judicial review* o “revisión judicial”, por virtud de la cual los Tribunales del Poder Judicial Norteamericano se encuentran facultados para invalidar los actos de los Poderes Legislativos, Ejecutivos y Judiciales –de grado inferior– que sean contrarios a la Constitución. La revisión judicial que comentamos no se reguló en ningún ordenamiento, sino que surgió casuísticamente mediante el precedente más famoso e importante de la historia constitucional: el caso *Marbury vs. Madison*, por virtud del cual se concluyó que, entre otras cosas, una ley contraria a la Constitución debe declararse nula, de modo que las cortes y demás dependencias del poder público deben estar, ante todo, a lo dispuesto por la Constitución, confirmando de esta manera el principio de supremacía constitucional.

⁵⁸ Ruiz Torres, Enrique Humberto, *Curso general de amparo. Banco de preguntas*, México, Oxford, 2007, p. 33.

En nuestro país, el principio de supremacía constitucional se incorporó en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 y, posteriormente, en la de 1857, donde se reprodujo, en esencia, el texto de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

Posteriormente, el constituyente de 1917 incorporó el principio de supremacía constitucional en el texto del artículo 133 de la CPEUM, de la siguiente manera:

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 Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

El artículo 133 de la CPEUM establece el principio de supremacía constitucional, en tanto que dispone que la Constitución –en primer término–, las leyes que emita el Congreso de la Unión y los Tratados que estén de acuerdo con ésta, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

Respecto de lo anterior ha existido un debate referente a la posición jerárquica que ocupan los tratados internacionales; sin embargo, no profundizamos en lo anterior, por no ser objeto del presente trabajo; además de que, en nuestra opinión, ya no existe un esquema jerárquico definido, toda vez que por medio de la interpretación *pro persona*, los tratados internacionales pueden colocarse por encima de la CPEUM.

Capítulo II

El control concentrado de constitucionalidad

Existen dos sistemas tradicionales de control constitucional; a saber: el sistema de control difuso y el sistema de control concentrado. Por virtud del sistema de control difuso, la violación a una norma constitucional por parte de una ley secundaria se hace valer por vía de acción o excepción ante cualquier autoridad local y pasa después a la jurisdicción federal a través de recursos

procesales; mientras que, por medio del sistema de control concentrado, la violación constitucional se hace valer por vía de acción, únicamente ante tribunales dotados de competencia para conocer de asuntos de carácter constitucional.

A diferencia del sistema de control constitucional adoptado por Estados Unidos de Norteamérica, hasta junio de 2011, nuestro país adoptó un sistema de control constitucional concentrado, en tanto que interpretó que el artículo 133 de la CPEUM no permitía a los tribunales ordinarios resolver sobre cuestiones de constitucionalidad, sino que dicha facultad era propia de los tribunales del PJJF.

Efectivamente, mediante una extensa labor jurisprudencial la SCJN dispuso que en nuestro país se seguía un sistema de control concentrado de constitucionalidad.⁵⁹ Dicha postura fue confirmada por el Pleno de SCJN al resolver el amparo directo en revisión 914/98, promovido por Magda Perla Cueva de Califa, el cual dio origen a las Jurisprudencias por Reiteración de Tesis 73/99 y 74/99.

En el amparo directo en revisión que comentamos se planteó, a propósito de la validez constitucional de las costas judiciales, la posibilidad de que con fundamento en el artículo 133 de la CPEUM los jueces del orden común puedan calificar las leyes o actos de autoridad bajo la consideración de que resultan violatorios de la CPEUM.

El criterio adoptado por el Pleno de la SCJN fue en el sentido de que resulta inadmisibles sostener que con fundamento en lo dispuesto por el artículo 133 de la CPEUM, los jueces del orden común puedan abstenerse de aplicar

⁵⁹Cfr. Tesis visible en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo: LXXXIX, página 775, la cual lleva por rubro: **“INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES”**; Tesis visible en el Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Tomo CXXXV, Cuarta Parte, página 37, la cual lleva por rubro: **“CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN”**; Tesis visible en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 42, Cuarta Parte, página 17, la cual lleva por rubro: **“CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN”**.

las leyes locales, con base en el argumento de que éstas son violatorias de la CPEUM.

Por tanto, se confirmó con fuerza de jurisprudencia que el criterio predominante de la SCJN, era en el sentido de que el artículo 133 CPEUM no es fuente de facultades de control constitucional para los jueces del orden común, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia CPEUM, esto es, un sistema de control de constitucionalidad concentrado.

A continuación transcribimos las Jurisprudencias 73/99 y 74/99 dictadas por el Pleno de la SCJN, mismas que referimos previamente:

CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa expreso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación.⁶⁰

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.

El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.". En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias

⁶⁰ Jurisprudencia 73/99, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, correspondiente al mes de agosto de 1999, página 18.

actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.⁶¹

De las Jurisprudencias transcritas se confirma que la SCJN resolvió que en nuestro país se sigue un sistema de control concentrado de constitucionalidad.

No obstante lo anterior, mediante la reforma constitucional publicada en el DOF de 10 de junio de 2011, misma que comentamos previamente, así como por las tesis y jurisprudencias que emitió el Pleno de la SCJN con motivo de la adopción de la sentencia dictada por la CIDH en el caso *Rosendo Radilla vs. Los Estados Unidos Mexicanos*, se modificó el sistema de control constitucional de nuestro país, dando paso a un sistema de control difuso de constitucionalidad.

Respecto de lo anterior, profundizaremos en la siguiente parte del presente trabajo, toda vez que la aplicación del control difuso de constitucionalidad se encuentra íntimamente vinculada con la aplicación del control difuso de convencionalidad, lo cual desarrollaremos a continuación.

⁶¹ Jurisprudencia 74/99, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, correspondiente al mes de agosto de 1999, página 5.

CUARTA PARTE

EL CONTROL DIFUSO Y EL CONTROL CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD

Capítulo I

El origen del control de convencionalidad

El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter *concentrada*, ejercida por la CIDH, en sede internacional; y otra, de carácter *difusa*, ejercida por los jueces nacionales, en sede doméstica o interna.

En efecto, es la CIDH quien está facultada para ejercer el control de convencionalidad de manera *concentrada*, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de “garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y “reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”; todo lo cual, cuando “decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por esta Convención” (art. 63, CADH), teniendo dicho fallo carácter definitivo e inapelable (art. 67, CADH); por lo que los Estados “se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todo caso de que sean partes” (art. 68.1, CADH).⁶² Por su parte, son los jueces de cada Estado quienes están facultados para ejercer el control de convencionalidad de manera *difusa*, tal como lo ha determinado la propia CIDH.

El concepto de control de convencionalidad tuvo su primer antecedente en el voto concurrente efectuado por Sergio García Ramírez, en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, donde se hizo la primera referencia al control de convencionalidad en los siguientes

⁶² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos*, México, Porrúa, 2011, pp. 55-56.

términos, otorgándole una connotación de control *concentrado* propio de la CIDH:

[...]

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la reparación 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.

[...]

Posteriormente, en los votos concurrentes efectuados por el propio Sergio García Ramírez, al resolver los casos *Tibi vs. Ecuador* y *Vargas Areco vs. Paraguay*, resueltos el 7 de septiembre de 2004 y el 26 de septiembre de 2006, respectivamente, volvió a emplear la expresión de control de convencionalidad; sin embargo, no fue sino hasta el 26 de septiembre de 2006, cuando el Pleno de la CIDH, al resolver el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, empleó por primera vez la expresión de control de convencionalidad, otorgándole una connotación propia de un medio de control *difuso*.

En el referido caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la CIDH declaró la invalidez del decreto ley que perdonaba los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura de Augusto Pinochet, en atención a que el referido decreto ley resultaba incompatible con la CADH. En razón de lo anterior, en el fallo de referencia también se avanza hacia un nuevo tipo de control, teniendo en cuenta la responsabilidad del Estado, en tanto que se establece que la obligación legislativa en sede interna, relativa a la adopción de disposiciones de conformidad con la CADH, alcanza también al Poder Judicial de cada Estado; tal como se desprende de dicha sentencia, la cual menciona que “...Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a

ella”.⁶³ Lo anterior significa que los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además, una obligación de realizar una “interpretación convencional”, por medio de la cual verifiquen si dicha ley resulta o no compatible con la CADH.⁶⁴

De esta manera, por virtud de la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la CIDH establece los primeros parámetros de un control *difuso* de convencionalidad, estableciendo que los jueces de cada Estado se encuentran obligados a efectuar un ejercicio de compatibilidad entre la norma aplicable al caso concreto y la CADH. Sobre el particular destacamos que en caso de que el juez doméstico omita efectuar el referido ejercicio de compatibilidad, actualizará en perjuicio del particular una violación de naturaleza internacional, por actuar en contravención a lo dispuesto por el artículo 1.1. de la referida CADH; lo anterior, sin perjuicio de los medios de defensa domésticos que procedan en contra de la referida omisión.

Es una realidad que el Poder Judicial es uno de los componentes del Estado que más difícil es de abrir ante la realidad que muestra el derecho de origen internacional, razón por la cual, nos parece normal que la CIDH buscara una formula para lograr que dicho poder se sienta involucrado y obligado a observar y cumplir con lo que establece la CADH.⁶⁵

El precedente anterior fue reiterado por la CIDH, con ciertos matices, dos meses después, en el caso *Aguado Alfaro y otros vs. Perú* (Trabajadores Cesados del Congreso), precisando el criterio en los siguientes dos aspectos:

a) El control de convencionalidad procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten.

⁶³ Párrafo 123 de la sentencia dictada en el juicio *Almonacid Arellano vs. Chile*, resuelto 26 de septiembre de 2006.

⁶⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *op. cit.*, nota 61, p. 58.

⁶⁵ Cfr. Castilla, Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Rosendo Radilla Pacheco”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, México, 2011, p. 599.

b) El control de convencionalidad debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.⁶⁶

Por lo que respecta al punto señalado en el inciso b), resulta importante destacar que la nueva obligación que se impone a los órganos del Poder Judicial, no se da de manera libre y total, de forma que se pudiera equiparar con la competencia que tiene la propia CIDH,⁶⁷ ya que la ejecución del control de convencionalidad queda limitada a que se lleve a cabo en el marco de las respectivas competencias de esos órganos y de las regulaciones procesales correspondientes, lo cual sin duda puede dejar sin efectos el control de oficio, ya que si procesalmente no existe una normatividad o regulación doméstica que autorice a los jueces a implementar el control de convencionalidad, sería materialmente imposible la aplicación del mismo; tal como hubiera ocurrido en nuestro país si la SCJN no hubiera emitido las tesis por virtud de las cuales reguló el mecanismo de implementación del control de convencionalidad, respecto de las cuales profundizaremos más adelante.

Con posterioridad al caso *Aguado Alfaro y otros vs. Perú* se ha venido consolidando la esencia de la doctrina del control de convencionalidad, al aplicarse en los casos contenciosos siguientes: *La Cantuta vs. Perú* (2006); *Óbice y otros vs. Barbados* (2007); *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008); *Rosendo Radilla Pacheco vs. Los Estados Unidos Mexicanos* (2009); *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010); *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010); *Rosendo Cantú y Otra vs. Los Estados Unidos Mexicanos* (2010); *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010); *Vélez Loo vs. Panamá* (2010); *Gomes Lund y Otros (Guerrilla do Araguaia) vs. Brasil*, *Cabrera García y Montiel Flores vs. Los Estados Unidos Mexicanos* (2010).

⁶⁶ Cfr. Participación de la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en la conferencia impartida en el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el día 20 de junio de 2012.

⁶⁷ Castilla, Karlos, *op. cit.*, nota 64, p. 604.

Este control es una nueva manifestación de la constitucionalización del derecho internacional, en tanto que, como define Eduardo Ferrer MacGregor, consiste en el deber de los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶⁸

Al respecto, Ernesto Rey Cantor define el control de convencionalidad como un mecanismo de protección procesal que ejerce la CIDH, en el evento de que el derecho interno (Constitución, leyes, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la CADH u otros tratados –aplicables–, con el objeto de aplicar la convención u otro tratado, mediante un examen de conformación normativa (derecho interno con el tratado), en un caso concreto...con el objeto de garantizar la supremacía de la CADH.⁶⁹

En razón de lo anterior, el control de convencionalidad conlleva los siguientes elementos característicos:⁷⁰

- a) Existencia y vigencia de un tratado internacional.
- b) Competencia de un órgano internacional para conocer de la interpretación, aplicación y solución de controversias del referido tratado.

⁶⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *op. cit.*, nota 61, pp. 57-58.

⁶⁹ Rey Cantor, Ernesto, “Controles de convencionalidad de las leyes”, consultado el 19 de febrero de 2013 en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/16.pdf>

⁷⁰ Castilla, Karlos, *op. cit.*, nota 64, p. 608.

c) Primacía del tratado internacional sobre cualquier otra norma, incluida la Constitución, que es vista sólo como un hecho más, velando porque el objeto y fin del tratado no sea afectado por otras normas, actos y hechos.

d) Contraste del tratado con la totalidad de actos y hechos del Estado.

e) Determinación del cumplimiento o no de una obligación internacional.

f) Determinación de responsabilidad internacional y sus consecuencias, ante el incumplimiento de la obligación internacional.

Capítulo II

El caso Rosendo Radilla vs. Los Estados Unidos Mexicanos

1. Adopción de la CADH por parte de nuestro país, así como el reconocimiento contencioso de la CIDH

Previo a desarrollar el caso *Rosendo Radilla vs. Los Estados Unidos Mexicanos*, consideramos importante referir brevemente los antecedentes de la adopción de la CADH por parte de nuestro país, así como el reconocimiento de la competencia contenciosa de la CIDH.

Dicho lo anterior, mencionamos que el 22 de noviembre de 1969 se adoptó en San José de Costa Rica, la CADH o “Pacto de San José”. El Estado Mexicano se adhirió a ésta el 18 de diciembre de 1980, y se publicó la aprobación de adhesión en el DOF de 9 de enero de 1981. La adhesión fue depositada ante la Secretaría General de la OEA el 24 de marzo de 1981,

quedando comprometido el Estado Mexicano a cumplir con todas las obligaciones derivadas de ella en el ámbito internacional.⁷¹

Al ratificar la CADH, el Estado Mexicano formuló dos declaraciones interpretativas y una reserva,⁷² mismas que el 9 de abril de 2002, el Estado Mexicano notificó a la Secretaría General de la OEA su intención de retirarlas parcialmente.⁷³

La Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la CIDH, se depositó por el Estado Mexicano ante el Secretario General de la OEA el 16 de diciembre de 1998.⁷⁴ En esta fecha inició la competencia de este órgano internacional en relación con nuestro país. La Declaración se publicó en el DOF de 24 de febrero de 1999.⁷⁵

⁷¹ Cossío Díaz, José Ramón, Mejía Garza, Raúl y Rojas Zamudio, Laura Patricia, *El caso radilla: estudio y documentos*, México, Porrúa, 2012, p. 47.

⁷² La primera declaración interpretativa consistió en precisar que la expresión “en general” empleada en el párrafo 1 del artículo 4, no constituye una obligación de adoptar o mantener en vigor la legislación que proteja la vida a partir del momento de la concepción ya que dicha materia pertenece al dominio reservado de los Estados. La segunda declaración interpretativa hace referencia a que la limitación establecida en la CPEUM, en el sentido de que todo acto público de culto religioso debe celebrarse dentro de los templos, es de las comprendidas en el párrafo 3 del artículo 12. Finalmente, la reserva formulada por nuestro país versó sobre el párrafo 2 del artículo 23 ya que el artículo 130 de la CPEUM dispone que los ministros de culto no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos.

⁷³ Por lo que nuestro país sólo excluyó de las obligaciones de la CADH las relativas a reconocer a los ministros de culto el derecho al voto pasivo y a asociarse con fines políticos. Todas las demás obligaciones fueron plenamente asumidas, en el entendido de que la expresión “en general” contenida en el artículo 4 debería entenderse en los términos fijados en la declaración interpretativa.

⁷⁴ Cossío Díaz, José Ramón, Mejía Garza, Raúl y Rojas Zamudio, Laura Patricia, *op. cit.*, nota 70, p. 63.

⁷⁵ La publicación se efectuó en los siguientes términos: DECLARACIÓN PARA EL PROCEDIMIENTO DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 1. Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente será aplicable a los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de esta declaración, por lo que no tendrá efectos retroactivos. 3. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace con carácter general y continuará en vigor hasta un año después de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifiquen que la han denunciado. El instrumento de aceptación, firmado por mí el nueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, fue depositado ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, el dieciséis de diciembre del propio año, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ‘Pacto de San José de Costa Rica.

La aceptación de la jurisdicción contenciosa de la CIDH no se llevó a cabo en términos lisos y llanos, ya que el Estado Mexicano hizo dos salvedades. La primera, derivada del texto anterior del artículo 33 de la CPEUM, el cual establecía la facultad exclusiva del Poder Ejecutivo Federal para hacer abandonar del territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia se juzgara inconveniente, así como la prohibición para que los extranjeros se inmiscuyeran en los asuntos políticos del país. La segunda, en el sentido de que la aceptación de la competencia contenciosa de la CIDH, solamente operaría en relación con los hechos o los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito, ante la Secretaría General de la OEA, de la adhesión al reconocimiento de su competencia contenciosa, por lo que tal aceptación no tendría efectos retroactivos.⁷⁶

2. Antecedentes del caso Rosendo Radilla vs. Los Estados Unidos Mexicanos

De conformidad con el Capítulo I de la sentencia de 23 de noviembre de 2009, dictada por la CIDH, denominado “Introducción de la Causa y Objeto de la Controversia”, los hechos constitutivos de los antecedentes del caso *Rosendo Radilla vs. Los Estados Unidos Mexicanos*, son los siguientes:

1. El antecedente principal del caso *Rosendo Radilla vs. Los Estados Unidos Mexicanos* se refiere a la presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, ocurrida supuestamente el 25 de agosto de 1974, en el Estado de Guerrero, por parte de efectivos del Ejército mexicano, sin que a la fecha se hubiere encontrado su paradero o, en todo caso, su restos mortales.

2. En razón de lo anterior, el 15 de noviembre de 2001 la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, por la Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos y Víctimas de

⁷⁶ Cossío Díaz, José Ramón, Mejía Garza, Raúl y Rojas Zamudio, Laura Patricia, *op cit.*, nota 70, p. 64.

Violaciones a los Derechos Humanos en México, presentó una denuncia ante la CoIDH, en la cual, entre otras cosas, denunció el tema referente a la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco.

3. El 12 de octubre de 2005, la CoIDH aprobó el Informe de Admisibilidad 65/05, mediante el cual declaró admisible la petición formulada por la Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México.

4. El 27 de julio de 2007, la CoIDH adoptó el informe de fondo 60/07, en el cual formuló determinadas recomendaciones para el Estado Mexicano. Dicho informe fue notificado al Estado el 15 de agosto de 2007, sin que el Estado Mexicano atendiera plenamente las recomendaciones efectuadas.

5. El 13 de marzo de 2008, tras haber recibido la información aportada por las partes con posterioridad a la adopción del informe de fondo, y al considerar que el Estado no había cumplido plenamente sus recomendaciones, la CoIDH decidió someter el caso ante la CIDH.⁷⁷

6. El 15 de marzo de 2008, la CoIDH presentó ante la CIDH una demanda en contra de los Estados Unidos Mexicanos, en la cual se denunció formalmente la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco.

7. El 19 de junio de 2008, los representantes de la presunta víctima presentaron su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.

8. El 21 de septiembre de 2008, el Estado Mexicano presentó un escrito mediante el cual interpuso las siguientes cuatro excepciones preliminares, formuló su contestación de demanda y efectuó observaciones al escrito de solicitudes y argumentos:⁷⁸

⁷⁷ La CoIDH designó como delegados a los señores Florentín Meléndez, Comisionado, y Santiago A. Canton, Secretario Ejecutivo, y como asesores legales a las abogadas Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta, María Claudia Pulido, Marisol Blanchard y Manuela Cuví Rodríguez.

⁷⁸ Gómez-Robledo, Alonso, "Corte internacional de derechos humanos. Caso radilla pacheco vs México. Desaparición forzada de personas", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Décimo Aniversario, México, 2012, p. 425.

a. Incompetencia *ratione temporis* a la fecha de depósito de su instrumento de adhesión a la CADH.

b. Incompetencia *ratione temporis* para aplicar la CIDFP.

c. Incompetencia *ratione materiae* para utilizar la Carta de Organización de Estados Americanos, como fundamento para conocer del caso.

d. Incompetencia *ratione temporis* para conocer de presuntas violaciones a los artículos 4o. (derecho a la vida) y 5o. (derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana, en perjuicio del señor Rosendo Radilla Pacheco.

9. El 7 y 19 de noviembre de 2008, la CoIDH y los representantes de las presuntas víctimas presentaron, respectivamente, sus alegatos a las excepciones preliminares interpuestas por el Estado Mexicano.

10. Finalmente, el 23 de noviembre de 2009, la CIDH dictó sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), mediante la cual, por unanimidad de votos, rechazó las excepciones preliminares opuestas por el Estado Mexicano y aceptó el reconocimiento parcial de responsabilidad Internacional efectuada por el Estado Mexicano, respecto de la cual profundizaremos a continuación:

3. Sentencia dictada por la CIDH en el caso Rosendo Radilla vs. Los Estados Unidos Mexicanos

De los puntos resolutivos de la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2009 por la CIDH, destacamos los siguientes:

1. La CIDH rechazó las excepciones preliminares opuestas por el Estado Mexicano (párrafos 14 a 50 de la sentencia).

2. La CIDH aceptó el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional del Estado Mexicano (párrafos 52 a 66 de la sentencia).

3. El Estado Mexicano es responsable de la violación a los derechos a la libertad personal, integridad personal, reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, en perjuicio del señor Rosendo Radilla Pacheco (párrafos 120 a 159 de la sentencia).

4. El Estado Mexicano deberá conducir los procesos penales que en relación con la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco (párrafos 329 a 334 de la sentencia).

5. El Estado Mexicano deberá continuar con la búsqueda efectiva y con la localización inmediata del señor Rosendo Radilla Pacheco o, en su caso, de sus restos mortales (párrafos 335 a 336 de la sentencia).

6. El Estado Mexicano deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar y el artículo 215 A del Código Penal Federal, con los estándares internacionales en la materia (párrafos 337 a 342 de la sentencia).

7. El Estado Mexicano deberá publicar en el DOF y en otro diario de amplia circulación nacional los párrafos 1 a 7, 52 a 66, 114 a 358 de la sentencia (párrafos 349 y 350 de la sentencia).

8. El Estado Mexicano deberá realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad en relación con los hechos del caso y en desagravio de la memoria del señor Rosendo Radilla Pacheco (párrafos 351 a 354 de la sentencia).

9. El Estado Mexicano deberá pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, así como el reintegro de gastos y costas (párrafo 360 a 392 de la sentencia).

Con independencia de la trascendencia de los puntos resolutivos mencionados con antelación, para efectos del presente trabajo destacamos la importancia del párrafo del artículo 339 de la sentencia dictada por la CIDH, el cual, por su importancia, transcribimos a continuación:

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de 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 les 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, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control 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 correspondientes. En esta 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 última de la Convención Americana.

De la transcripción antes formulada destacamos que el párrafo 339 de la sentencia de 23 de noviembre de 2009, establece la obligación a cargo de los jueces del Estado Mexicano –sin distinguir territorio, materia, grado o cuantía– de efectuar un control de convencionalidad *ex officio* respecto de las normas internas y la CADH.

Adicionalmente, destacamos que los jueces no sólo deben tener en cuenta la CADH sino la interpretación que de la misma haya efectuado la CIDH, en tanto último intérprete de dicha Convención.

Como se puede advertir, en el párrafo 339 de la sentencia en comentario la CIDH reprodujo la doctrina que ya venía sosteniendo en los casos *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile* y *Aguado Alfaro y Otros vs. Perú*, en el sentido de la obligación de aplicar el control difuso de convencionalidad *ex officio*.

A partir del control de convencionalidad que ha previsto la CIDH, como una obligación de los órganos encargados y vinculados con la administración de justicia, de velar porque los efectos de las disposiciones de la CADH no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos; surgen muchas dudas: ¿Cómo se recoge este control de convencionalidad en el sistema jurídico nacional? y ¿Cómo es que opera?⁷⁹

En relación con lo anterior, conviene precisar que la CIDH continuó depurando su doctrina en la sentencia dictada en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. Los Estados Unidos Mexicanos*, al señalar en el párrafo 225 de esa sentencia, que el control de convencionalidad no sólo está a cargo de los juzgadores, sino que también de los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.⁸⁰

4. Recepción de la sentencia dictada en el caso Rosendo Radilla vs. Los Estados Unidos Mexicanos, por parte de la SCJN

4.1 Consulta a trámite 489/2010

Con motivo del oficio UPDDH/911/3156/2010 de 24 de mayo del 2010 emitido por el Director de la Unidad para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, recibido por la SCJN el 25 del mismo mes y año, el Presidente de la SCJN abrió el expediente de Consulta a Trámite 489/2010 a efecto de que el Tribunal Pleno determinara el trámite que debía darse al asunto y si se generaba alguna obligación a cargo del PJJF. Por razón de turno, el expediente correspondió a la ponencia del señor Ministro José Ramón Cossío Díaz, quien elaboró una propuesta de proyecto

⁷⁹ Participación de la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en la conferencia impartida en el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el día 20 de junio de 2012.

⁸⁰ Participación de la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en la conferencia impartida en el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el día 20 de junio de 2012.

que fue discutida en sesiones de 31 de agosto; y, 2, 6 y 7 de septiembre de 2010, resolviéndose por el Tribunal Pleno que:⁸¹

a. Sí se podía analizar si de la sentencia dictada por la CIDH resultan obligaciones al PJJF, a pesar de que no existe una notificación formal al PJJF;

b. En caso de que se determine que sí resultan obligaciones al PJJF, éste puede proceder a su cumplimiento sin necesidad de coordinarse con los otros poderes del Estado Mexicano, tomando en consideración la totalidad de la sentencia y no solo los puntos resolutivos y su remisión a párrafos específicos;

c. Se desechó la consulta a trámite porque el contenido excedió los fines de la consulta.

4.2 Expediente Varios 912/2010

La señora Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos elaboró un proyecto de resolución que se comenzó a discutir el 4 de junio de 2011, y se hizo cargo del mismo en las primeras tres sesiones del 4, 5 y 7 de julio, pero debido a que tuvo que cumplir una comisión oficial, en las sesiones del 11, 12 y 14 del mismo mes se hizo cargo del proyecto y de la redacción de la resolución el Ministro Cossío Díaz. En estas seis sesiones el Pleno de la SCJN determinó en síntesis lo siguiente:⁸²

a. Reconocimiento de la competencia contenciosa de la CIDH.

b. Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.

⁸¹ Cossío Díaz, José Ramón, Mejía Garza, Raúl y Rojas Zamudio, Laura Patricia, *op cit.*, nota 70, p. 65.

⁸² *Ibid*, p. 66.

c. Restricción interpretativa del fuero militar.

d. Medidas administrativas derivadas de la sentencia de la CIDH en el caso Radilla Pacheco que deberá implementar el PJF.

Mediante dicha resolución la SCJN, pretendió, a partir de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011 y de la necesidad de insertar en nuestro orden jurídico, por decirlo así, la sentencia dictada por la CIDH en el caso *Rosendo Radilla vs. Los Estados Unidos Mexicanos*, generar una solución integral en dos sentidos. El primer sentido consiste en reiterar el control concentrado de constitucionalidad, introducir el control difuso de constitucionalidad y establecer las condiciones generales de aplicación y alcance del principio *pro persona*; con ello se generó una solución integral acerca del modo en como los órganos del Estado de los diversos órdenes jurídicos deben actualizar la supremacía constitucional. Mientras que el segundo sentido consiste en que quedó resuelta la cuestión concerniente a la incorporación de los parámetros de convencionalidad a efecto de realizar las tres operaciones antes aludidas, esto es, el control concentrado, el difuso y las condiciones generales de aplicación y alcance del principio *pro persona*. Dicho lo anterior de otra manera, la SCJN estimó que el control de regularidad y la interpretación *pro persona* deben llevarse a cabo no sólo teniendo en cuenta el parámetro de constitucionalidad sino también el de convencionalidad.⁸³

Como consecuencia de lo anterior, el Ministro Presidente de la SCJN planteó la solicitud de modificación de Jurisprudencia 22/2011, el cual fue turnado a la Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero, en la cual se propuso que quedaran sin efectos las Jurisprudencias 73/99 y 74/99 dictadas por el Pleno de nuestro Máximo Tribunal –que establecían la prohibición de un control difuso de constitucionalidad–, lo cual fue aprobado por mayoría de 9 votos, mediante la sesión del 24 de octubre de 2011, dando origen a la siguiente Tesis:

⁸³ Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *op cit.*, nota 3, p. 32.

CONTROL DIFUSO. Con motivo de la entrada en vigor de los párrafos segundo y tercero del artículo 1° constitucional modificados mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, debe estimarse que han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales P./J. 73/99 y P./J. 74/99, de rubros: “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.” y “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.”⁸⁴

De la Tesis transcrita se advierte que con motivo de la entrada en vigor del segundo y tercer párrafo del artículo 1° de la CPEUM, debe quedar sin efectos las jurisprudencias 73/99 y 74/99 dictadas por el Pleno de la SCJN, lo cual abre la oportunidad a la aplicación del control difuso.

Además, mediante la Tesis LXVII/2011 dictada por el Pleno de la SCJN, se determinó que si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución, sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia. A continuación transcribimos dicha Tesis:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos

⁸⁴ Tesis I/2011, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, correspondiente al mes de diciembre de 2011, Tomo 1, página 549.

contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.⁸⁵

De la Tesis transcrita se advierte varios puntos importantes. En primer lugar, que el Pleno de la SCJN dispuso que todos los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aún a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*.

En segundo lugar, se advierte que los jueces que carezcan de facultades para analizar cuestiones de constitucionalidad no pueden hacer una declaratoria general de invalidez de aquellas normas que contraríen los derechos humanos previstos en la Constitución Federal o en los tratados internacionales, puesto que dicha situación es propia de las vías de control directo de constitucionalidad; sino que, los referidos jueces, se encuentran obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a la Constitución y a los Tratados Internacionales aplicables.

Mediante la Tesis LXX/2011, el Pleno de nuestro Máximo Tribunal concluyó que el sistema de control constitucional que se implementó a partir de las reformas aludidas es más bien mixto, en tanto que tiene elementos del control difuso como del concentrado, dado que los criterios de interpretación de derechos humanos, ya sean por declaratoria de inconstitucionalidad –control concentrado– o por inaplicación –control difuso–, finalmente serán del conocimiento del PJF. A continuación transcribimos dicha Tesis:

⁸⁵ Tesis LXVII/2011, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Libro III, correspondiente al mes de diciembre de 2011, Tomo 1, página 535.

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.⁸⁶

Adicionalmente, mediante la Tesis LXVIII/2011 el Pleno de la SCJN determinó el parámetro para la aplicación del control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, misma que transcribimos a continuación:

PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. El mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.⁸⁷

⁸⁶ Tesis LXX/2011, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, correspondiente al mes de diciembre de 2011, Tomo 1, página 557.

⁸⁷ Tesis LXVIII/2011, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, correspondiente al mes de diciembre de 2011, Tomo 1, página 551.

De la Tesis transcrita se advierte que el parámetro de análisis en el control de convencionalidad se integra de la siguiente manera:

- a. Todos los derechos humanos contenidos en la CPEUM, así como la jurisprudencia emitida por el PJJF.
- b. Todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte.
- c. Los criterios vinculantes de la CIDH derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano sea parte.
- d. Los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la CIDH, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.

QUINTA PARTE

APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD POR PARTE DE LOS MAGISTRADOS QUE INTEGRAN EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA.

Capítulo I

Metodología para la aplicación, desde el punto de vista sustantivo, del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad

Del análisis histórico que efectuamos en la primera parte del presente trabajo, relativo a la creación del TFJFA, así como de la ampliación de su órbita de competencia, dicho tribunal nunca ha tendido facultades para ejercer un control difuso de constitucionalidad ni mucho menos para ejercer un control difuso de convencionalidad.

No obstante lo anterior, a raíz de la reforma al artículo 1° de la CPEUM, publicada en el DOF de 10 de junio de 2011, misma que analizamos en la segunda parte del presente trabajo, aunado a las Tesis y Jurisprudencias derivadas de la adopción que la SCJN efectuó de la sentencia dictada por la CIDH en el caso *Rosendo Radilla vs. Los Estados Unidos Mexicanos*, mismas que comentamos en la cuarta parte del presente trabajo, los Magistrados integrantes de las Salas Regionales y de las Secciones de la Sala Superior del TFJFA, se encuentran obligados a ejercer un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, respecto de los asuntos sometidos a su jurisdicción.

Ahora bien, mediante la Tesis LXIX/2011, el Pleno de la SCJN estableció los pasos a seguir en la aplicación del control de constitucionalidad y de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, misma que transcribimos a continuación:

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS

HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; 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 aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.⁸⁸

De la Tesis transcrita se advierten tres pasos que todos los juzgadores deben de seguir para la aplicación del control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos:

Primera etapa. Interpretación conforme en sentido amplio.- En esta primera etapa los jueces del país y todas las demás autoridades del Estado Mexicano deben de formular una interpretación conforme del orden jurídico, esto es, una interpretación conforme a los derechos humanos previstos en la CPEUM y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte.

Dicha interpretación también deberá apegarse al principio *pro persona*, en tanto que deberá favorecer, en todo tiempo, a las personas con la protección más amplia que sea posible.

Segunda etapa. Interpretación conforme en sentido estricto.- Para que se actualice la segunda etapa, se parte del principio de que una vez agotada la primera, existen varias interpretaciones jurídicamente válidas, en

⁸⁸ Tesis LXIX/2011, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, correspondiente al mes de diciembre de 2011, Tomo 1, página 552.

cuyo caso, los jueces deben preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos previstos en la CPEUM y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

Tercera etapa. Inaplicación de la ley.- En caso de que las alternativas previstas en la primera y segunda etapa no sean posibles, el juzgador deberá inaplicar la ley en el caso concreto, lo cual, desde luego, no implica la desincorporación de dicha ley de la esfera jurídica de la persona.

Como se puede advertir, la SCJN definió la forma en la cual los juzgadores deben implementar el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad; sin embargo, la SCJN fue omisa en precisar la manera en la cual dichos juzgadores deben implementar, desde el punto de vista procesal, el referido control.

En razón de lo anterior, en el siguiente capítulo formulamos una propuesta de reforma a la LOTFJA, con la finalidad de establecer de manera clara y precisa la forma en la que los Magistrados del TFJFA deben implementar, desde el punto de vista procesal, el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en las controversias sometidas a su jurisdicción.

Capítulo II

Propuesta metodología para la aplicación, desde el punto de vista adjetivo, del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad por parte de los magistrados del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

La metodología que proponemos se centra en la creación de un incidente denominado “incidente de control de constitucionalidad”, o bien, “incidente de control de convencionalidad”, según corresponda al tipo de control que los Magistrados ejerzan de conformidad con el caso concreto sometido a su jurisdicción.

Para lo anterior, proponemos la adición de un artículo 29-Bis a la LFPCA, el cual tendría la siguiente redacción:

Artículo 29-Bis. El Magistrado Instructor, en el auto que recaiga a la presentación de la demanda, deberá resolver si es o no procedente aperturar un incidente de constitucionalidad o convencionalidad, según sea el caso.

Para lo anterior, el Magistrado Instructor tendrá que hacer un análisis íntegro del escrito inicial de demanda, así como del acto o actos administrativos impugnados por el actor, con la finalidad de verificar, en primer lugar, el precepto, preceptos o porción normativa que fueron aplicados al actor por las autoridades demandadas en el acto administrativo impugnado, o bien, en el procedimiento administrativo que dio origen al referido acto; y, en segundo lugar, si dichos principios son o no violatorios de algún derecho fundamental previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o por algún tratado internacional suscrito por nuestro país.

En la hipótesis de que resulte procedente abrir el incidente de constitucionalidad o convencionalidad, en razón de que, a juicio del Magistrado Instructor, el precepto, preceptos o porción normativa que fueron aplicados al actor por las autoridades demandadas pueden resultar violatorios de algún derecho fundamental previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o por algún tratado internacional suscrito por nuestro país, el Magistrado Instructor estará a lo siguiente:

I. Abrirá el incidente de constitucionalidad o convencionalidad por cuerda separada, señalando con precisión el precepto, preceptos o porción normativa que fueron aplicados al actor por las autoridades demandadas, que podrían resultar violatorios de algún derecho fundamental, previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o por algún tratado internacional suscrito por nuestro país.

II. Notificará a las partes el auto de apertura precisado en la fracción que antecede, otorgándoles un plazo de 10 días, contados a partir del día siguiente a que dicho acto surta efectos legales, con la finalidad de que manifiesten lo que a su derecho convenga.

III. Una vez fenecido el plazo referido en la fracción anterior y efectuadas o no las manifestaciones por cualquiera de las partes, el Magistrado Instructor, en un plazo de 10 días, deberá dictar sentencia interlocutoria en la que:

a. Resuelva que el precepto, preceptos o porción normativa aplicados al actor por parte de las autoridades demandadas, no resulta violatorio de ningún derecho fundamental previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o por algún tratado internacional suscrito por nuestro país, en cuyo caso procederá con la tramitación regular del juicio de nulidad.

b. Resuelva que el precepto o preceptos aplicados al actor por parte de las autoridades demandadas, resulta violatorio de algún derecho fundamental previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o por algún tratado internacional suscrito por nuestro país, en cuyo caso, procederá a desaplicar el precepto, preceptos o porción normativa que fueron aplicados al actor, declarando en su caso, la nulidad del acto administrativo impugnado por éste.

Asimismo, la parte actora podrá solicitar, desde su escrito inicial de demanda o de ampliación de demanda, cuando resulte procedente, la apertura del incidente de control de constitucionalidad o convencionalidad. Se entenderá que el actor solicita la apertura del referido incidente, con el sólo hecho de que formule conceptos de impugnación tendentes a demostrar que el precepto, preceptos o porción normativa que le fueron aplicados por parte de las autoridades fiscales resulta violatorios de algún derecho fundamental previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o por algún tratado internacional suscrito por nuestro país.

Las reglas señaladas con anterioridad resultarán aplicables, en lo procedente a la contestación de demanda en los casos en que se trate de juicio de lesividad.

La sentencia interlocutoria que dicte el Magistrado Instructor en el incidente de control de constitucionalidad o convencionalidad, será impugnable mediante recurso de reclamación.

En los casos en que exista jurisprudencia dictada por la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, o bien, por cualquiera de los órganos del Poder Judicial de la Federación legitimados para ello, respecto del tema sometido a la jurisdicción del Magistrado Instructor, los plazos previstos en el presente artículo se reducirán a la mitad.

El artículo propuesto, contiene los siguientes elementos:

a. Incidente de control de constitucionalidad o convencionalidad aperturado de oficio: El incidente se aperturará de oficio

en aquellos casos en los cuales el Magistrado Instructor, al efectuar el primer análisis de la demanda de nulidad promovida por el actor, advierta que alguno de los preceptos normativos que fueron aplicados por las autoridades demandadas en el acto administrativo impugnado, o bien, durante el procedimiento administrativo que le dio origen al referido acto, resulta violatorio de algún derecho fundamental previsto en la CPEUM o en cualquiera de los tratados de la materia suscritos por nuestro país.

b. Incidente de control de constitucionalidad o convencionalidad a petición de parte: El incidente se aperturará a petición de parte en aquellos casos en los el actor, o el demandado tratándose de juicio de lesividad, en su demanda de nulidad o contestación de demanda, solicita la desaplicación de alguno de los preceptos normativos que fueron aplicados por las autoridades demandadas en el acto administrativo impugnado, o bien, durante el procedimiento administrativo que le dio origen al referido acto, por resultar violatorio de algún derecho fundamental previsto en la CPEUM o en cualquiera de los tratados de la materia suscritos por nuestro país.

c. Juicio de lesividad: Consideramos oportuno señalar que las reglas establecidas en el artículo propuesto también resulta aplicables, en lo procedente, al juicio de lesividad, con la finalidad de no dejar en estado de indefensión a aquellos particulares que sean demandados por las autoridades administrativas; de modo que el incidente de control de constitucionalidad o convencionalidad, resultará procedente de oficio o a petición de parte.

d. Recurso de reclamación: Consideramos oportuno que la sentencia interlocutoria dictada en el incidente de control de constitucionalidad o convencionalidad sea impugnada mediante la interposición de un recurso de reclamación, el cual sería resuelto, de manera colegiada, por la Sala, Sección o Pleno del TFJFA, con lo cual se asegura un estudio más detallado de la posible violación a los derechos fundamentales del actor.

c. Jurisprudencia: También consideramos oportuno que los plazos establecidos en el artículo propuesto, se reduzcan a la mitad en aquellos casos

en los que exista jurisprudencia dictada por la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, o bien, por cualquiera de los órganos del Poder Judicial de la Federación legitimados para ello, pues de esta forma se estaría procurando una administración de justicia más veloz.

CONCLUSIONES

I

La postura tradicional adoptada por la SCJN, vigente hasta las reformas al artículo 1° de la CPEUM publicadas en el DOF el 10 de junio de 2011 y la adopción que la SCJN efectuó de la sentencia dictada por la CIDH en el caso *Rosendo Radilla vs. Los Estados Unidos Mexicanos*, era en el sentido de que en el orden jurídico mexicano únicamente existía un control concentrado de constitucionalidad, ejercido por los órganos del PJF.

II

Hasta las reformas al artículo 1° de la CPEUM publicadas en el DOF el 10 de junio de 2011 y la adopción que la SCJN efectuó de la sentencia dictada por la CIDH en el caso *Rosendo Radilla vs. Los Estados Unidos Mexicanos*, el TFJFA no se encontraba facultado para ejercer un control difuso de constitucionalidad ni mucho menos un control de convencionalidad.

III

Con motivo de la reforma al artículo 1° de la CPEUM publicadas en el DOF el 10 de junio de 2011, se introdujo la cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* como ejes rectores de la interpretación jurídica.

IV

En el párrafo 339 de la sentencia dictada por la CIDH de 23 de noviembre de 2009, en el caso *Rosendo Radilla vs. Los Estados Unidos Mexicanos* –el cual, en esencia, reproduce la doctrina sostenida en los casos *Almonacid Arellano y Otros vs Chile* y *Aguado Alfaro y Otros vs. Perú*– se establece la obligación a cargo de los jueces del Estado Mexicano –sin distinguir territorio, materia, grado o cuantía– de efectuar un control de convencionalidad *ex officio* respecto de las normas internas y la CADH.

V

En la resolución del expediente Varios 912/2010, la SCJN pretendió, a partir de la reforma constitucional publicada en el DOF de 10 de junio de 2011 y de la necesidad de insertar en nuestro orden jurídico, la sentencia dictada por la CIDH en el caso *Rosendo Radilla vs. Los Estados Unidos Mexicanos*.

VI

Como resultado de lo anterior, la SCJN rompió el paradigma concerniente a que en nuestro orden jurídico únicamente resultaba posible el control concentrado de constitucionalidad ejercido por los órganos del PJP, dando paso a un sistema de control difuso tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, por parte de todos los juzgadores.

VII

Si bien es cierto que la SCJN estableció una mecánica, desde el punto de vista adjetivo, para la implementación del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, lo cierto es que a la fecha no existe una mecánica, desde el punto de vista adjetivo, por virtud de la cual se precise la forma en que los Magistrados integrantes del TFJFA deben implementar el referido control.

VIII

Consideramos que la manera idónea para que los Magistrados integrantes del TFJFA implementen, desde el punto de vista adjetivo, el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, sería mediante un incidente denominado “de control de constitucionalidad” o “de control de convencionalidad”, que se apertura de oficio o a petición de parte, mediante el cual el Magistrado Instructor analice el precepto, preceptos o porción normativa que fue aplicado al actor por parte de las autoridades demandadas en el acto administrativo impugnado, o bien, en el procedimiento administrativo que dio origen a éste y, en caso de que resulte violatorio de algún derecho fundamental previsto por la CPEUM o de algún tratado internacional suscrito por nuestro país, lo desaplique en el caso concreto, lo cual tendría por efecto la declaratoria inmediata de nulidad del acto administrativo impugnado.

BIBLIOGRAFÍA

1. **AMAYA VILLARREAL**, Álvaro Francisco, “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del estado”, *Revista Colombiana de derecho Internacional*, No. 5, Colombia, 2005
2. **CABALLERO OCHOA**, José Luis, “La cláusula de interpretación y el principio pro persona (artículo 1o., segundo párrafo, de la constitución)”, consultado el 19 de febrero de 2013 en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/6.pdf>
3. **CASTILLA**, Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso *rosendo radilla pacheco*”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, México, 2011.
4. **CASTILLA**, Karlos, “El principio pro persona en la administración de justicia”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 20, México, enero-junio 2009.
5. **COSSÍO DÍAZ**, José Ramón, “Los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales y el principio pro homine”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, T. LVII, Vol. I, No. 247, enero-junio, 2007.
6. _____, “Primeras implicaciones del caso *radilla*”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, No. 26, junio-diciembre 2012.
7. _____, Mejía Garza, Raúl y Rojas Zamudio, Laura Patricia, *El caso radilla: estudio y documentos*, México, Porrúa, 2012.
8. **DELGADILLO GUTIÉRREZ**, Luis Humberto, “La nueva competencia del tribunal fiscal de la federación”, en *Autonomía y competencia del tribunal fiscal de la federación*, Editorial del Tribunal Fiscal de la Federación, México, 1995.
9. **FERRER MAC-GREGOR**, Eduardo y **SILVA GARCÍA**, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos*, México, Porrúa, 2011.
10. **GÓMEZ-ROBLEDO**, Alonso, “Corte internacional de derechos humanos. Caso *radilla pacheco vs México*. Desaparición forzada de personas”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Décimo Aniversario, México, 2012.
11. **HALLIVIS**, Manuel, “Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en materia tributaria”, en *El Mundo del Abogado*, México, 1º de abril de 2012.
12. **HENDERSON**, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, en *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, No. 39, enero-junio, 2004.

13. NAVA NEGRETE, Alfonso, “Setenta Años del Tribunal Federal Administrativo en México”, *Contencioso Administrativo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Doctrina Jurídica, No. 380, 2007.

14. PINTO, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Argentina, Centro de Estudios Legales y Sociales-Editorial del Puerto, 1997.

15. REY CANTOR, Ernesto, “Controles de convencionalidad de las leyes”, consultado el 19 de febrero de 2013 en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/16.pdf>

16. SALVIOLI, Fabían, “Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la comisión internacional de derechos humanos”, *En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos*, Buenos Aires, Argentina, 2003.

17. RUIZ TORRES, Enrique, Curso General de Amparo, México, Oxford, 2007, pp. 893.

18. _____, Curso General de Amparo.- Banco de Preguntas, México, Oxford, 2007, pp. 192.

OBRAS DE CONSULTA GENERAL

1. ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA, 4° ed, Madrid, Civitas, 1995, Serie Enciclopedia Jurídica Civitas.

2. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Buenos Aires, Buenos Aires: Driskill, 2004.

3. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia de la Lengua Española, 22° ed, Madrid, Espasa, 2001.

4. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 12° ed, Porrúa UNAM, 1998.

5. DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Madrid, Espasa, Fundación Tomas Moro, 1998.

OTROS

1. Gaceta Parlamentaria, año III, número 646-I, jueves 7 de diciembre de 2000. Anexo I.

- 2.** Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. Año I. Primer Periodo Ordinario. LVIII Legislatura. Número 32. Sesión de 21 de diciembre de 2000.
- 3.** Diario de los Debates de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión. LVIII Legislatura. Año I. Primer Periodo Ordinario. Diario No. 36. 27 de diciembre de 2000.
- 4.** Participación de la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en la conferencia impartida en el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el día 20 de junio de 2012.