



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo Acuerdo  
número 20081906 de Octubre de 2008

---

“Jurisprudencia y Control de Convencionalidad”.

Tesis que para obtener el grado de

**Maestra en Derecho Constitucional y Derechos Humanos**

Sustenta la

**Lic. Ana Paulina Ortega Rosado**

Director de la Tesis

**Dr. José María Soberanes Díez**

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>I</b>
--------------------------	----------

### **CAPÍTULO PRIMERO LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO MEXICANO**

1.1 INTRODUCCIÓN.....	1
1.2 NATURALEZA.....	1
1.3 JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO.....	7
1.4 EQUIPARACIÓN A LA NORMA JURÍDICA.....	13
1.4.1 Equiparación a la norma en cuanto a su aplicación.....	13
1.4.2 Equiparación a la norma en cuanto a su obligatoriedad.....	17
1.5 CONSOLIDACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO MEXICANO.....	30
1.6 LA JURISPRUDENCIAL EN EL MARCO JURÍDICO MEXICANO.....	33
1.6.1 La jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación- con excepción del Tribunal Electoral-.....	34
1.6.2 La jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.....	40
1.6.3 La jurisprudencia internacional.....	42

### **CAPÍTULO SEGUNDO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

2.1. INTRODUCCIÓN.....	49
2.2 DOCTRINA DE LA CORTE INTERAMERICANA.....	49
2.3 LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE 2011.....	55
2.4 RECEPCIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.....	57

### **CAPÍTULO TERCERO JURISPRUDENCIA Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

3.1 INTRODUCCIÓN.....	66
3.2 DISTANCIAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA.....	67
3.3 EL CASO MEXICANO Y LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 299/2013.....	72
3.4 ALCANCES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD RESPECTO A LA JURISPRUDENCIA.....	84
3.4.1 Principio pro persona y ponderación.....	88

3.4.2 Impacto a la seguridad jurídica .....	94
3.4.3 Impacto al principio de igualdad.....	101
3.5 DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL .....	105

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>V</b>
--------------------------	----------

<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>X</b>
--------------------------	----------

## Introducción

La operación mediante la cual un juez resuelve un problema jurídico es distinta de la operación de justificación del mismo. Juan Abelardo Hernández Franco<sup>1</sup> explica que es en un momento racional inconsciente, por medio de la intuición, cuando el juzgador resuelve el problema que se le plantea utilizando el bagaje de experiencia que ha acumulado a lo largo de su vida, una especie de fondo de respuestas, producto del ensayo y error, que conserva almacenada en su mente. Después de este momento, ocurre una etapa consciente mediante la cual el juzgador debe expresar de una forma clara su idea total, organizando simbólicamente los términos del lenguaje y llevar a cabo una justificación de su respuesta (argumentación).

La jurisprudencia como decisión judicial, integra ese cúmulo de experiencia que inconscientemente utilizan los jueces para decidir los casos que se les presentan, y también, como criterio obligatorio, comprende el contenido jurídico empleado al fundamentar sus resoluciones.

No hay duda entonces que la jurisprudencia es una herramienta elemental en la actividad de juzgar, sin embargo ¿hasta qué punto el juez se encuentra obligado a recurrir a ellas para resolver un asunto?, ¿existe un límite o excepción a esta obligación?

El 10 de junio de 2011 marcó un antes y después en la forma de concebir el orden jurídico en México. El reconocimiento de los derechos humanos de fuente internacional en el párrafo 1° constitucional significó el cambio jurídico más importante en el último siglo de nuestro derecho. No es que anteriormente no estuviesen reconocidos los derechos humanos en nuestra Constitución, de hecho es considerada una de las primeras en el mundo en incluir los derechos sociales como el derecho al trabajo o la salud, sino que mediante esta reforma se ordena expresamente, a todas las autoridades del país darle preeminencia a los derechos humanos sobre cualquier acto o norma jurídica con la inclusión del principio pro persona.

A poco más de un mes de promulgada la reforma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación dio un paso trascendental al resolver el expediente varios 912/2010 con

---

<sup>1</sup>Hernández Franco, Juan Abelardo, *La mente jurídica. El razonamiento jurídico y sus formas de expresión argumentativa*. México, Novum, 2014, pp. 34 -41.

motivo del cumplimiento de la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado mexicano en el caso de Rosendo Radilla Pacheco, autorizando -en seguimiento de la jurisprudencia uniforme sobre el tema de dicho tribunal internacional-, a todos los jueces del país, dentro del ámbito de sus competencias, a velar por los derechos humanos contenidos en la Constitución federal y en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate<sup>2</sup>. Esto es a lo que la Corte Interamericana ha llamado en su jurisprudencia control de convencionalidad.

Básicamente, a partir de este caso, la doctrina del control de convencionalidad convulsionó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desencadenando fuertes movimientos y debates internos para encauzar la búsqueda de los medios adecuados e idóneos para dar cumplimiento al aludido pronunciamiento<sup>3</sup>.

Uno de esos ámbitos de cumplimiento tiene relación con el sistema de jurisprudencia en México, ya que si bien hoy en día gracias al afianzamiento de la doctrina del control de convencionalidad en diversos pronunciamientos de nuestro máximo tribunal y demás tribunales nacionales, los jueces se sienten –en la mayoría de los casos- confiados de dejar de aplicar disposiciones legales en cumplimiento al mandato constitucional de protección de los derechos fundamentales de toda persona no ha sido así en el caso de la jurisprudencia. Inclusive existe el temor que de hacerlo, incurran en alguna de las responsabilidades administrativas previstas en la ley y sean sancionados por el Consejo de la Judicatura Federal.

Esta situación toma especial relevancia con el más reciente pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 299/2013, donde expresamente prohíbe que la jurisprudencia del máximo tribunal pueda ser objeto de control de constitucionalidad o convencionalidad ex officio a cargo de los jueces nacionales cuando se detecte que resulta violatoria de un derecho humano contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o en los

---

<sup>2</sup>CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. Localización: [TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 535. P. LXVII/2011(9a.).

<sup>3</sup>Bazán, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, Revista Europea de Derechos Fundamentales, Cuyo, No. 18, julio-diciembre de 2011, p. 84.

tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, con lo cual se impone un límite inquebrantable al ejercicio de esta doctrina.

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad reflexionar sobre la forma de armonizar el mandato de control de convencionalidad establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el carácter obligatorio de la jurisprudencia en México, analizaremos si las reglas de interpretación conforme, principio pro persona y la posible inaplicación de la norma jurídica, son equiparables al uso y aplicación de la jurisprudencia obligatoria.

Comenzaremos por fijar las bases de lo que debe entenderse hoy en día por jurisprudencia, haciendo énfasis en su naturaleza casuística, con el fin de establecer si sus efectos, al momento interpretar el orden jurídico y fundar en base a ella una resolución, son equiparables al concepto genérico de norma jurídica. Esto permitirá determinar si el mandato de realizar “control de convencionalidad de las normas jurídicas internas” ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos abarca o no a los precedentes judiciales.

Describiremos el sistema jurisprudencial en el orden jurídico mexicano, su forma de creación, características, aplicación, interrupción y efectos -tanto procesales como vinculatorios-. con el objeto de identificarlos posibles vicios que podrían dificultar el correcto ejercicio del control de convencionalidad y precisar si los mecanismos de sustitución de la jurisprudencia y facultad de atracción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación garantizan, de forma efectiva, los derechos de las partes y el principio de seguridad jurídica en un Estado de Derecho.

Posteriormente se examinará la doctrina del control de convencionalidad fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), sus presupuestos y reglas de ejercicio, la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 y la recepción de la doctrina por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir del cumplimiento del caso *Radilla Pacheco vs. México* y su ininterrumpida doctrina sobre ello.

Finalmente, como parte total de este estudio se analizarán las formas de distanciamiento de la jurisprudencia y las alternativas jurídicas ante un criterio inconveniente, considerándolas consecuencias de la prohibición expresa por parte de

nuestro máximo tribunal para que los jueces internos ejerzan dicho control sobre la jurisprudencia y los efectos al principio de igualdad y seguridad jurídica en caso de inaplicarse de un criterio jurisprudencial. Se pondrá especial atención al tema de la posible prevalencia de los criterios emitidos por tribunales internacionales sobre la jurisprudencia interna y la construcción de un diálogo jurisprudencial amplio entre todos los órganos jurisdiccionales interamericanos que afiance el *ius constitutionale commune* en materia de derechos humanos.

Al concluir este trabajo se pretende resolver la interrogante respecto a si deben los jueces nacionales ejercer control de convencionalidad ex officio de la jurisprudencia obligatoria y en caso de que la discordancia se irreconciliable entre ella y los alcances del principio pro persona, inaplicar el criterio interno en favor de una interpretación más benéfica a la persona, o si por el contrario, debiera existir algún otro mecanismo jurídico efectivo para impugnar la jurisprudencia discordante a los parámetros internacionales que respete tanto el principio de seguridad jurídica como la máxima de justicia que debe imperar en todo proceso.

El resultado de la investigación dará contenido y alcance a la doctrina del control de convencionalidad en favor de la efectiva protección y garantía de los derechos humanos en el orden jurídico mexicano.

## CAPÍTULO PRIMERO

### La jurisprudencia en el derecho mexicano

#### 1.1 Introducción

La vinculatoriedad o sujeción de los jueces nacionales hacia los criterios obligatorios de sus superiores jerárquicos incide directamente en el grado de aplicación de las técnicas del examen de convencionalidad en un Estado – principio pro persona, ponderación, interpretación conforme, etc.-. Del concepto que se adopte respecto a la jurisprudencias y las reglas de su aplicación dependerá, en gran medida, el grado de intervención de la interpretación jurídica nacional en la conformación del *ius constitutionale comune* latinoamericano.

En este primer Capítulo analizaremos el origen etimológico e histórico de la noción jurisprudencia, haciendo énfasis en su naturaleza casuística y el elemento de su obligatoriedad. Ello nos permitirá establecer si podemos plantear de manera análoga los efectos dentro del orden jurídico, entre el precepto jurídico (la norma) y jurisprudencia (norma interpretada).

Describiremos el sistema jurisprudencial en el orden jurídico mexicano, su forma de creación, características, aplicación, interrupción y efectos. Pondremos especial atención a las figuras de sustitución de la jurisprudencia y facultad de atracción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como posibles mecanismos para garantizar el respeto y protección de derechos así como la uniformidad interpretativa.

Al finalizar podremos determinar si la jurisprudencia es equiparable a la norma jurídica para efectos de su aplicación diaria en los tribunales y si existen o no alternativas para distanciarse válidamente de ella.

#### 1.2 Naturaleza

En los orígenes del derecho romano, la jurisprudencia era conocida como la *ius publice respondendi* que eran las opiniones emitidas por los juristas para dar soluciones a los problemas jurídicos, es decir, la acumulación de experiencias de

los más expertos en la materia sobre un tema. Es por ello que la palabra proviene del latín *iuris prudentia*, expresión que significa “derecho de los prudentes”.

En la época de Augusto, los jueces competentes para sentenciar en el proceso clásico, dados sus escasos conocimientos jurídicos, casi nunca se apartaban del dictamen prudente facultado con el *ius publice respondendi*<sup>4</sup>. Es así como la jurisprudencia formada por los prudentes fue investida con fuerza de ley convirtiéndose en una de las fuentes del derecho civil romano. Así lo expone Pothier en el prefacio de las Pandectas de Justiniano, cuando afirma que el derecho civil de los romanos emanaba de cuatro fuentes: 1) las leyes escritas, 2) las *legis actiones* y la *interpretatio*, 3) los edictos de los pretores y de los demás magistrados, y, 4) la jurisprudencia formada por las discusiones públicas habidas en el foro y por las respuestas de los prudentes.<sup>5</sup>

Años más adelante, en el reinado del emperador Adriano, se determinó que serían únicamente los dictámenes de los *juristas oficiales* los que tendrían fuerza de ley<sup>6</sup>, de modo que la jurisprudencia se “burocratizó”, ya que a través de los consejeros imperiales, el emperador comenzó a resolver por sí mismo las consultas.

Lo anterior hizo que la participación de los juristas expertos en la elaboración del derecho se redujera a una simple actividad de colaboración, de modo que con el paso del tiempo, dejaron de dar soluciones a los problemas jurídicos concretos que se les planteaban para dedicarse a la enseñanza y a desempeñarse en cargos públicos. De esta forma nace el concepto de jurisprudencia como ciencia, con el cambio sustancial de pasar de ser una acumulación de experiencias a la introducción de métodos de índole científica en su estudio, como la geometría y la lógica. De ahí la famosa definición de Ulpiano, que consideraba que la jurisprudencia era *la ciencia de lo justo y de lo injusto*<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup>Kunkel, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, traducción de Juan Miquel, 8ª. ed. Barcelona, Ariel, 1982, pp.115-116.

<sup>5</sup>Díez-Picazo, Luis, “La Doctrina de las Fuentes del Derecho” *Anuario de Derecho Civil*, España, Volumen 37, No. 4, octubre-diciembre de 1984, p. 938.

<sup>6</sup>Huber Olea, Francisco José, *Diccionario de Derecho Romano*, 7ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 294.

<sup>7</sup>Gutiérrez-Alviz y Armario, Fautinio, *Diccionario de Derecho Romano*, 4ª ed., Madrid, Reus, 1995, p. 684.

A decir de Nocera, al convertirse en ciencia, la jurisprudencia basó la deducción de sus principios en razonamientos y se alejó de las soluciones para cada caso concreto, se alejó de aquella reflexión prudencial<sup>8</sup>.

En los siglos XIII a XVI el concepto de jurisprudencia como ciencia comenzó a mezclarse con lo que conocemos hoy en día como “precedente judicial”. Ejemplo de ello es la definición actual dada por la Real Academia de la Lengua Española que reconoce una doble concepción de jurisprudencia al definirla tanto como ciencia del derecho como conjunto de las sentencias de los tribunales y doctrina que contienen<sup>9</sup>.

Muchos tratadistas, como Lucio Cabrera y Miguel Acosta<sup>10</sup>, afirman que la jurisprudencia como precedente es una figura proveniente de la familia jurídica del *common law* trasplantada a nuestro sistema jurídico. Por ello, en México y en gran parte de los países de tradición jurídica romano-germánica, la práctica consuetudinaria ha llevado a relacionar la noción “jurisprudencia” únicamente con este significado, es decir, como interpretación que la autoridad judicial da ordinariamente a una ley<sup>11</sup>.

En las dos grandes culturas jurídicas –la del *common law* y la del *civil law*– se ha considerado inevitable que, con respecto a determinados casos, la legislación existente no ofrezca respuesta alguna, o no ofrezca respuesta clara. Por ello, los tribunales en su conjunto gozan de cierto poder de interpretación e integración del Derecho<sup>12</sup> a través de sus sentencias. No obstante, importa precisar que el concepto de precedente judicial utilizado por los países del sistema anglosajón, y el de jurisprudencia adoptada poco a poco por los del sistema romano-germánico, posee características fundamentales que las distinguen entre sí.

---

<sup>8</sup>Nocera, Guglielmo, *Jurisprudencia. Per una Storia del Pensiero Giuridico Romano*, Roma, Bulsoni, 1973, p. 70, citado por Tamayo y Salmorán, Rolando, “El modelo científico de la Primera Jurisprudencia”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Palma de Mallorca, No. 8, 1984, p. 91.

<sup>9</sup>Diccionario de la lengua española, 22<sup>a</sup> ed., 2001, recuperado el 14 de abril a las 10:19. <http://lema.rae.es/drae/?val=jurisprudencia>.

<sup>10</sup>Cabrera Acevedo, Lucio, “La jurisprudencia”, en Díaz Infante, Ernesto, *Suprema Corte de Justicia y el Pensamiento Jurídico*, México, SCJN, 1995; Acosta Romero, Miguel y Pérez Fonseca, Alfonso, *Derecho jurisprudencial Mexicano*, México, Porrúa, 1998, pp. 3-16.

<sup>11</sup>De Pina Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 27<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 1999, p.340.

<sup>12</sup>Xiol Ríos, Juan Antonio, “Notas sobre la Jurisprudencia”, en Ferreres, Víctor y Xiol Ríos, Juan Antonio, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, México, Fontamara, 2010, p.50.

La diferencia más importante reside en el enorme valor otorgado al precedente judicial en el sistema del *common law*, creado en Inglaterra y desarrollado con posterioridad -de manera independiente- en los Estados Unidos de América. En este sistema el juez, mediante la resolución del caso concreto (*case law*), es quien determina el derecho común, sustentándose en la doctrina que la jurisprudencia de los tribunales es la más importante de las fuentes del derecho.

Esto no siempre fue así. La cita de precedentes era un poderoso instrumento retórico o argumentativo desde la mitad del siglo XIV, pero los juristas de este período tenían claro que ningún precedente era tan persuasivo como la razón. El período crucial para el desarrollo moderno del concepto de precedente tuvo lugar en el siglo XVII, cuando la House of Lords elaboró la doctrina del precedente obligatorio en *Beamish v. Beamish* (1861), quedando establecido de manera definitiva en *Tramways v. London Country Council* (1898). Mediante esta resolución, la House of Lords determinó que cada tribunal esté estrictamente obligado por las decisiones superiores, e incluso, los tribunales superiores estaban obligados por sus propias decisiones<sup>13</sup>.

Por el contrario, en los sistemas romano-germánicos, el derecho se funda en el principio de *res iudicata*, en virtud del cual la fuerza jurídica de la sentencia no va más allá del caso concreto planteado y afecta solamente a las partes procesales y sus sucesores<sup>14</sup>. Expresión de lo anterior es la conocida fórmula Otero o el principio de relatividad en el amparo mexicano que ordena conforme a la fracción II del artículo 107 constitucional, que las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocupen de los quejosos que lo hubieren solicitado.

Esta significativa distinción tiene su origen en el siglo XIV cuando el Parlamento de París que funcionaba como Tribunal Superior, orgánicamente autónomo a la Corona, comenzó a emitir jurisprudencia que fue ampliamente criticada por la doctrina. En palabras de Jean-Louis Halpérin “las sentencias de las audiencias sólo eran conjeturas que no podían sostenerse ante una autoridad

---

<sup>13</sup>Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el common law*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 23-25.

<sup>14</sup>Xiol Ríos, Juan Antonio, “Notas...” *op.cit.*, p. 99.

parecida a la de las leyes. Una decisión dictada en un caso particular no podía ser trasladada con certeza a otro aparentemente parecido, en el que las circunstancias de hecho no eran las mismas<sup>15</sup>.

Llegada la Revolución, los legisladores del nuevo Código Civil y la opinión pública despreciaron la jurisprudencia emitida por el Tribunal Superior de Justicia y pusieron en manos del legislativo, como institución democrática, la facultad exclusiva de producción del derecho; incluso se propuso la desaparición en el léxico de la palabra “jurisprudencia”. En palabras de Robespierre: “La expresión jurisprudencia de los tribunales, según la acepción que tenía en el Antiguo Régimen *ya no significa nada en el nuevo*, debe por tanto, ser eliminada de nuestra lengua. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra cosa que la ley”<sup>16</sup>.

A manera de ejemplo, la distinción más clara entre ambos sistemas se refleja en las palabras del padre de la Revolución francesa Montesquieu: “El juez es la boca que pronuncia la ley<sup>17</sup>”, y del *Chief Justice* de los Estados Unidos Charles Evans Hughes: “La Constitución es lo que los jueces dicen que es”<sup>18</sup>. Estas frases demuestran la posición y función del juez frente al derecho en ambos sistemas jurídicos.

---

<sup>15</sup> Halpérin, Jean-Louis, “Orígenes de la Noción Moderna de Jurisprudencia, en una Obra Jurídica del Tribunal de Casación bajo la Revolución Francesa” en Petit Calvo, Carlos (coord.), *Derecho Privado y Revolución Burguesa, II Seminario de Historia del Derecho*, Gerona, Marcial Pons, 1990, p.135.

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> MONTESQUIEU, El espíritu de las leyes, traducción de Mercedes Blázquez y Pedro Vega, Madrid, Tecnos 1998.

<sup>18</sup> La frase de Hughes viene de un discurso que hizo en la ciudad de Elmira en 1907 y aunque en sus notas biográficas se queja de la interpretación que el público y la prensa le dio a esa expresión, diciendo que era una frase accidental (casual) que él había dicho sin la menor intención “de presentar la solemne función de los jueces como una especie de engaño” “*exposed the solemn function of judging as a sort of humbuggery*”, la cual, desgraciadamente, se presentaba separada del texto completo de su discurso. Es obvio que la intención que tenía Hughes de expresar el mayor respeto por los jueces en ese discurso hace aún más notable la sinceridad de esa confesión espontánea en su discurso. Su biógrafo, Pusey, sin duda el más destacado entre sus admiradores, no logra tampoco convencer de lo que llama “*The inexcusable nature of the distortion to which this segment of his speech has been subjected may be seen from the paragraphs of the text*”. Para mayor información sobre los comentarios de Hughes en sus notas y los párrafos del discurso ver la biografía escrita precisamente por Pusey, Merlo J., *Charles Evans Hughes*, New York, The Macmillan Company, 1952, Volumen 1, pp. 204 y 205.

Otra diferencia importante es el criterio de la reiteración, como explica Aguiló Regla, en el modelo del precedente, el juez que dicta sentencia tiene poder para introducir normas generales, lo cual parece aproximar al sistema del *common law* al modelo de las fuentes-acto. Hay una conexión directa entre la realización del acto normativo de dictar sentencia y el resultado institucional “precedente”, lo que Goodhart llama “la doctrina del precedente individual obligatorio”<sup>19</sup>. Por el contrario, en el modelo de la jurisprudencia, la incorporación de normas generales no se produce como consecuencia directa de la realización del acto jurídico de dictar sentencia, sino como consecuencia de la reiteración del uso de un determinado criterio en diferentes actos jurídicos. El requisito de la acumulación de sentencias parece, pues, aproximar el modelo de la jurisprudencia al mundo de los hechos jurídicos más que al de los actos y, en consecuencia, al modelo de las fuentes-hecho que al de las fuentes-acto<sup>20</sup>.

Para algunos autores, el criterio de la reiteración difícilmente pueda mantenerse tan rígido, el valor de la jurisprudencia no depende del número de veces en que se dicta una resolución similar, sino en la resolución misma<sup>21</sup>. En el caso mexicano se ha opinado que resulta incongruente que la Suprema Corte de Justicia de la Nación requiera un solo precedente para conformar jurisprudencia en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales y, a la vez, necesite de cinco precedentes derivado de los juicios de amparo; siendo que estos tres procesos tienen la misma naturaleza jurídica<sup>22</sup>.

Las anteriores distinciones han marcado una brecha significativa en el uso y aplicación de la jurisprudencia entre ambos sistemas, pues si bien el extremo legalista del francés ha ido poco a poco cediendo hacia posturas más cercanas al realismo jurídico norteamericano caracterizado por la aceptación irrefutable de la facultad creadora del juez, ha sido un largo camino donde aún encontramos claras manifestaciones del deber de rendición absoluta del juzgador a la norma. Cabe

---

<sup>19</sup>Goodhart, Arthur, “Precedent in English and Continental Law”, *Law Quarterly Review*, Oxford, No. 50, 1934, p. 41.

<sup>20</sup>Aguiló Regla, Josep, *Teoría de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000, pp.116-117.

<sup>21</sup>Xiol Ríos, Juan Antonio, “Notas...” *op.cit.*, p. 106.

<sup>22</sup>Lara Guadarrama, Mauricio, *Análisis crítico de la Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación*, México, SCJN, 2007, p. 193.

adelantar, sin embargo, que en el presente trabajo se utilizará indistintamente la palabra “jurisprudencia” y “precedente”, para referirnos al producto de una sentencia de los tribunales y en concreto a la interpretación de la norma plasmada en ella.

### **1.3 Jurisprudencia como fuente de derecho**

Pocos problemas de la teoría jurídica suscitan la perplejidad y desorientación que el que hace referencia a las llamadas fuentes del derecho<sup>23</sup>. En cuanto a la jurisprudencia, la discusión ha dado lugar a dos planteamientos teóricos que podríamos denominar teoría creativa y teoría declarativa.

El positivismo jurídico ha mantenido una posición extremista al considerar que el ordenamiento jurídico es completo y, por lo tanto, niega la posibilidad de que los juzgadores creen el derecho. Para ellos, la misión del juez se limita o se constriñe a ubicar el caso concreto en el supuesto de hecho previsto en la regla general y abstracta impuesta por el legislador.

Reflejo de esta posición es la expresada en el artículo 4º del Código de Napoleón; mismo que representa un mandato al juez para encontrar en la ley, y solamente en ella, la norma para decidir cualquier controversia; le prohibía abstenerse de juzgar en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de ella, sin poder acudir a la equidad, al derecho natural o a los usos<sup>24</sup>.

Lo anterior se traduce en la idea de que el juez es únicamente un autómatas en la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en las normas legales a los hechos que se enjuician en el proceso. En ese sentido José Ortega y Gasset<sup>25</sup> refiere:

El que juzga no entiende. Para ser juez es preciso hacer previamente la heroica renuncia a entender el caso que se presenta a juicio en la inagotable realidad de su contenido humano. La justicia mecaniza, falsifica el juicio para hacer posible la sentencia. No es, pues, extraño que del

---

<sup>23</sup>Pérez Luño, Antonio, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Madrid, La Ley, 2011, p. 17.

<sup>24</sup>Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, traducción de José F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide, 1978, Volumen III, pp. 23 y 24.

<sup>25</sup>Ortega y Gasset, J., Prólogo a una edición de sus obras, en *Obras completas*, Alianza Editorial & Revista del Occidente, Madrid, 1983, Volumen 6, p. 343.

inmenso volumen de la historia universal se puedan espumar tan pocos nombres de jueces inteligentes. Aunque personalmente lo fueran, su oficio les obligó a amputar su propia perspicacia. Este es el triste heroísmo del juez, sin el cual la convivencia humana no resultaría posible. Vaya nuestro respeto a esa dolorosa profesión; pero de paso detestemos a los que sin ejercerla se constituyen tan fácil y alegremente en jueces de afición.

Palacios Vargas afirma que entender la jurisprudencia como fuente del derecho es un error y una contradicción ya que si la jurisprudencia creara normas de validez general estaría investida de poder derogatorio, lo cual implicaría una lesión al principio de división de poderes<sup>26</sup>. Esta postura es apoyada también por Bulygin quien señala que, sólo cabe hablar de creación del derecho por parte de los jueces bien cuando ellos crean normas generales<sup>27</sup>.

En nuestros días, se atribuye a Dworkin el seguir la teoría declarativa partiendo de la tesis de que para todo caso concebible habría una determinada y única solución que es ya ley antes de que el juez decida el caso, y si el juez considerara que el ordenamiento es incompleto, inconsistente o indeterminado – como suele ocurrir-, tal apreciación sería solo un error del juez a consecuencia del limitado poder de discernimiento humano, no del ordenamiento (“*the fault is not in it, but in the judge’s limited human powers of discernment*”), con lo que, al haber una única solución legal, no habría espacio para un poder de creación judicial mediante la elección entre distintas alternativas. En síntesis, para Dworkin, el derecho –un sistema de principios- es previo a la legislación y es absolutamente independiente de ella, y en cuanto tal, preexiste a la decisión judicial, limitándose ésta a su constatación o declaración<sup>28</sup>.

Frente a la teoría declarativa, se alza la teoría creativa. Una visión moderada de la jurisprudencia como fuente del derecho es la de Kelsen, quien parte de la premisa de que toda sentencia, en su fallo, constituye una norma particular. En ese tenor, la jurisprudencia se considera fuente del derecho toda vez que mediante de la tarea de “juzgar” se crea un derecho que si bien, -bajo la idea de

---

<sup>26</sup>Palacios, José Ramón, *Instituciones de Amparo*, 2ª. ed., México, Editorial José M. Cajica Jr., 1969, pp. 118-121.

<sup>27</sup>Bulygin, Eugenio, *op.cit.*, p. 77.

<sup>28</sup>Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, traducción de J. Ferrar, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 280 y 282.

Kelsen- no puede tener efectos generales como las normas derivadas del legislativo, producen una norma individualizada. Esto es a lo que Luis Recaséns Siches ha llamado el modo de producción de derecho “derivada”<sup>29</sup>, ya que es la Constitución –producción originaria- la que otorga a un órgano en específico la facultad para su emisión.

Kelsen explica que la creación jurídica de la jurisprudencia consiste en un acto mediante el cual, un órgano competente aplica una norma general pero, al mismo tiempo, genera una norma individual que impone obligaciones a una de las partes o a las dos en conflicto. Esta creación sólo puede ser válida cuando una norma superior señala el órgano y el procedimiento por el cual ha de crearse la norma inferior<sup>30</sup>. En palabras de Kelsen<sup>31</sup> (se añade énfasis):

La teoría surgida en el terreno del *common law* angloamericano, de que sólo los tribunales producen derecho, es tan unilateral como la teoría surgida en el terreno del derecho legislado continental europeo, de que los tribunales no producen absolutamente ningún derecho, sino sólo aplican un derecho ya creado. Esta teoría lleva a sostener que sólo hay normas generales; aquélla, que sólo hay normas individuales. La verdad se encuentra a mitad del camino. **Los tribunales producen derecho y, por cierto, como regla, derecho individual**; pero al hacerlo dentro de un orden jurídico que ha establecido un órgano legislativo, o que reconoce en la costumbre un hecho productor de derecho aplican un derecho creado previamente por vía legislativa o consuetudinaria. La sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción de derecho.

En su extremo, la teoría creadora, considera que la ley no produce por sí misma el derecho, sino que solamente lo prepara, el derecho sólo se crea a través de la sentencia<sup>32</sup>. Tal planteamiento descansa, exclusivamente, en una visión descriptiva de la realidad, no en planteamientos ideológicos sobre su conveniencia

---

<sup>29</sup>Recaséns Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 5ª. ed., México, Porrúa, 2001, p. 297.

<sup>30</sup>Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2º ed., México, Textos Universitarios, UNAM, 1983, p. 160.

<sup>31</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, traducción de Roberto J. Verenegro, 16ª edición, México, Porrúa, 2011, p. 263.

<sup>32</sup>Fassó, Guido, *Historia... op.cit.*, p. 338.

o procedencia, de ahí que tal posicionamiento haya sido atribuido al realismo jurídico, en especial, al norteamericano<sup>33</sup>.

Para este sistema, el derecho judicialmente pronunciado o *case law* tiene, por lo menos, el mismo valor que el derecho legislado o *statute law*<sup>34</sup>. Esta escuela conduce a la creación judicial del derecho por parte de los jueces o *judge make law*, reconociendo a la jurisprudencia como fuente principal. Los adscritos a esta doctrina opinan que la historia ha demostrado que los tribunales han sido los más constantes y fecundos colaboradores del legislador en la tarea de fijar y elaborar el derecho más adecuado a las necesidades sociales<sup>35</sup>.

Hart encuentra la respuesta en una postura mesurada, señala que tanto la doctrina declarativa como la creativa, responden a dos visiones que tienden a exagerar el carácter indeterminado de las reglas jurídicas. Por una parte la visión del “noble sueño” (*Noble Dream*) que permitiría a los litigantes confiar en que los jueces aplicarían en sus casos una norma ya existente y no crearían nuevas leyes, incluso en los casos en que el texto normativo resulte indeterminado; y por otro lado, la “pesadilla” (*Nightmare*) que respondería a la visión de la teoría creativa que, ante la misma expectativa, los litigantes temen que los jueces creasen normas a su libre discreción. Para este autor el punto medio se encuentra en admitir que la ley no es un proceso cerrado, completo, capaz de prever todos los supuestos, por lo que habrá casos –excepcionales- donde existan áreas de conducta que requieran ser desarrolladas por los tribunales<sup>36</sup>.

En el derecho internacional, la jurisprudencia ha sido reconocida expresamente como fuente del derecho en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia estableciendo que la Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor

---

<sup>33</sup>Orozco Muñoz, Martín, *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Navarra, Aranzadi, 2011, p. 75.

<sup>34</sup>Nawiasky, Hans, *Teoría General del Derecho*, 2ª. ed., México, Editora Nacional, 1981, pp. 102 y 107.

<sup>35</sup>Clemente de Diego, Felipe, *Fuentes del Derecho Civil Español*, Madrid, Residencia de Estudiantes, 1922, pp. 80 y 84.

<sup>36</sup>Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro Carrió, 2ª ed., México, Editorial Nacional, pp. 162-163.

competencia de las distintas naciones, *como medio auxiliar* para la determinación de las reglas de derecho.

Interesante es notar que dicho precepto, reconocido en la doctrina y por la mayoría de los tribunales internacionales como el fundamento de las fuentes del derecho internacional público, habla de las decisiones judiciales “como medio auxiliar” y, en el segundo párrafo de dicho artículo, se añade que dichas fuentes no restringen la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, es decir, de la manera “más justa”. Esto representa un primer reconocimiento del principio “pro persona” que analizaremos más adelante.

El jurista español Orozco Muñoz<sup>37</sup> opina que para que la jurisprudencia o el precedente judicial puedan considerarse fuentes del Derecho de las que puedan derivarse, a su vez, las normas jurídicas que sirvan de fundamento normativo a las sentencias posteriores, sería preciso que concurrieran las siguientes condiciones:

- I. En el plano prospectivo, que se trate de precedentes o líneas jurisprudenciales dotadas formalmente por el ordenamiento y de **carácter vinculante**, ya que, de lo contrario, se trataría de criterios jurisprudenciales meramente orientativos, no obligatorios; y,
- II. En el plano retrospectivo, que la sentencia o línea jurisprudencial contenga una *ratio decidendi* originaria (*original precedent*), no derivada de una fuente preexistente (*declarator precedent*), ya que, de ser así, será dicha fuente y no la derivada de ella, la que resulte aplicable.

El derecho positivo mexicano parece adoptar esta última postura, existe el consenso mayoritario en la doctrina de considerar a la jurisprudencia como fuente del derecho. Miguel Acosta Romero y Alfonso Pérez Fonseca<sup>38</sup> opinan que la jurisprudencia que emite el Poder Judicial de la Federación cumple con los requisitos para ser considerada una fuente formal del derecho, toda vez que la

---

<sup>37</sup>Orozco Muñoz, Martín, *op.cit.*, pp. 66 y 67.

<sup>38</sup>Acosta Romero, Miguel y Pérez Fonseca, Alfonso, *op.cit.*, p. 80.

Constitución Federal y la Ley de Amparo reconocen expresamente su carácter obligatorio.

Baste remitirnos a la reforma constitucional del 19 de febrero de 1951 que se adicionó la fracción VIII del artículo 107, estableciendo, por primera vez, que: “La ley determinará los términos y casos en que sea obligatoria la jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, así como los requisitos para su modificación”. Se expresó<sup>39</sup> (se añade énfasis):

Estimamos pertinente la inclusión de esta norma en la Constitución, **por ser fuente del derecho la jurisprudencia, lo cual explica el carácter de obligatoriedad que le corresponde igualmente que a los mandatos legales** debiendo ser por ello acatada tanto por la Suprema Corte de Justicia, como por las Salas de ésta y los otros Tribunales de aquel Poder....

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación –si bien en un criterio de la Sexta Época-, también se ha pronunciado al respecto en la tesis aislada de rubro “JURISPRUDENCIA, CONCEPTO Y OBLIGATORIEDAD DE LA”, que sostiene que la jurisprudencia de la Suprema Corte “...emerge de la fuente viva que implica el análisis reiterado de las disposiciones legales vigentes; en función de su aplicación a los casos concretos sometidos a consideración (...) **precisamente porque la jurisprudencia es fuente del derecho**, de ahí dimana su obligatoriedad...”<sup>40</sup>.

En ese tenor, toda vez que la Constitución le reconoce validez normativa a la jurisprudencia y las exigencias producidas por las lagunas de la ley o su falta de adecuación a la realidad, es claro entonces, que deba ser considerada fuente de derecho, tal y como lo han reconocido la doctrina nacional y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

---

<sup>39</sup>Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados, XLI Legislatura, año II, período ordinario 19, sesión del 1° de noviembre de 1950.

<sup>40</sup>Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Segunda Sala, Tercera Parte, CXXIX, p.28.

#### **1.4 Equiparación a la norma jurídica**

Como se ha precisado, la doctrina mexicana se muestra reiterativa al considerar a la jurisprudencia fuente del derecho que enriquece el ordenamiento jurídico, sin embargo, persiste la discusión en determinar si es o no equiparable a una norma jurídica en sentido amplio, para lo cual consideramos oportuno dividir el análisis de este tema en dos aspectos: la equiparación de la jurisprudencia a la norma en cuanto a su forma de aplicación, y en cuanto a su obligatoriedad.

##### ***Equiparación a la norma en cuanto a su aplicación***

Cuando hablamos de la aplicación de una norma jurídica, debemos entender que el juzgador utilizará los métodos típicos de interpretación jurídica a la hora de aplicarla, el más común: la subsunción. Sin embargo, cuando nos encaramos ante la posibilidad de aplicar una jurisprudencia a un caso concreto, el examen de compatibilidad es todavía más estricto en razón de su naturaleza casuística. Al respecto, E.H. Levi<sup>41</sup> ha dicho:

En el campo del derecho jurisprudencial (*Case Law*) los conceptos pueden ser creados a partir de ejemplos particulares. Los nuevos ejemplos, empero, tendrán que ser apreciados en relación con los anteriores, y la reelaboración de la palabra misma que expresa el concepto se hará evidente. Ella no sólo puede llegar a tener nuevos significados, sino que incluso puede cambiar o desaparecer. La aplicación de una ley parece presentar un gran contraste con esto. Las palabras están dadas. Ellas no pueden ser tomadas con ligereza. La diferencia se advierte con nitidez cuando nos damos cuenta de que las palabras de una ley no son *dictum*.

Lo anterior implica que el juzgador no solamente debe verificar que el criterio utilizado en el precedente le sea “útil” para resolver el caso que se le presenta, lo que en el *common law* se conoce como *ratio decidendi*, sino que, a diferencia de la norma jurídica, deberá determinar si el contexto en el cual se produjo tal interpretación es similar al a resolver. Es ahí donde se manifiesta el principio de igualdad y seguridad jurídica de la jurisprudencia, en la certeza del ciudadano a

---

<sup>41</sup>Levi, Edward, *Introducción al razonamiento jurídico*, traducción de G. Carrió, Buenos Aires, Universitaria, 1971, pp.41 y 42.

que su asunto será resuelto de la misma manera que otro con características similares.

Ello exige al juzgador a operar mediante un análisis analógico tendiente a demostrar que el caso fuente es similar al caso a resolver y, por lo tanto, deba darse la misma respuesta jurídica. En otras palabras: si los casos son semejantes, la jurisprudencia es aplicable al caso concreto.

No hay que confundir sin embargo, la idea de que una jurisprudencia “sea aplicable” con la posible inaplicación de la misma –cuestión que abordaremos más adelante-, pues la inaplicación parte de la premisa de que, en principio, sea aplicable al caso, lo cual deberá ser verificado por el juez mediante el estudio de aplicación analógica entre ambos supuestos<sup>42</sup>.

Una vez que la jurisprudencia “es aplicable” al caso en concreto -al ser el supuesto planteado similar a uno ya resuelto por el superior jerárquico-, el trabajo del juzgador será extraer cuál es la respuesta que le es obligatorio aplicar. En el sistema anglosajón, para algunos autores, no es la resolución judicial íntegra como antecedente la que es obligatoria, sino sólo la parte de dicha resolución que contiene el fundamento del fallo o decisión, fundamento normativo éste al que siguiendo la tradición, es llamado la *ratio decidendi*. Concepto definido por McCormick<sup>43</sup> en el siguiente extracto:

The ratio decidendi is the ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications) of the decision in the case.

---

<sup>42</sup>José María Soberanes señala que para poder determinar proporciones no numéricas o sustantivas existe el razonamiento analógico el cual implica la existencia de cuatro elementos: dos antecedentes y dos posibles respuestas, las cuales serán una si los supuestos son iguales. Así en la medida en que los antecedentes son iguales, deben tener el mismo consecuente. Lo mismo ocurre en el ámbito de la jurisprudencia. Existe un supuesto que no ha sido abordado por los jueces y requiere de una solución, y un supuesto que ya ha sido abordado por los jueces, y estos le dieron una solución. La solución al supuesto se construirá a partir de la comparación de ese supuesto con el otro supuesto. En la medida en que sean iguales, deben tener la misma solución. Soberanes Díez, *La jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación*, México, Porrúa, 2013, p. 145.

<sup>43</sup>McCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 2003, p.215.

El famoso filósofo americano Jerome Frank<sup>44</sup>, se aparta la tesis citada, manteniendo que son las decisiones de los jueces y no las normas en que dichas decisiones se amparan, lo que constituye el Derecho:

Law is made up not of rules for decision laid down by the courts but of the decisions themselves. All such decisions are law. The fact that courts render these decisions makes them law. There is no mysterious entity apart from these decisions. If the judges in any case come to a wrong result and give forth a decision which is discordant with their own or anyone else's rules, their decision is none the less law [...] For, after all, rules are merely words and those words can get into action only through decisions. [...] Judges are called on not to make rules, but to decide which side of some immediate controversy is to win. The rules are incidental; the decisions are the thing... The law of any case is what the judge decides [...] the law, therefore, consists of decisions, not of rules, if so, then whenever a judge decides a case he is making law.

En los países romano-germánicos se ha tratado de comprender el fenómeno de la jurisprudencia desde el primer punto de vista, desde una perspectiva normativista del derecho, en el que únicamente la parte de la resolución que contiene el fundamento del fallo o decisión es considerada la “jurisprudencia” o criterio obligatorio. Esto responde a la necesidad de darle una explicación aceptable a la jurisprudencia desde una visión positivista. En un sistema que centra el poder de creación jurídica en la producción de disposiciones escritas de carácter general e imperativo (en la producción de normas emanadas de las asambleas legislativas), resulta inevitable tratar de explicar el valor vinculante de la doctrina emanada de los tribunales en la asimilación de la jurisprudencia a la norma escrita<sup>45</sup>.

El precio de estas concepciones normativistas de la jurisprudencia, como advertía Jerome Frank, es muy alto. Por ejemplo, se tiende a buscar la formación de reglas jurisprudenciales abstractas en máximas, dando valor absoluto a cualquier afirmación doctrinal contenida en una sentencia. A lo sumo, se exige la reiteración en diferentes resoluciones, entendida de manera puramente formal y

---

<sup>44</sup>Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Gloucester, Peter Smith, 1970, pp. 134-138.

<sup>45</sup>Xiol Ríos, Juan Antonio, “Notas...” *op.cit.*, p. 91.

contundencia a desvincularla al caso concreto y hacer abstracción de la relevancia que el razonamiento de la sentencia tiene en el seno de la estructura del razonamiento completo de la sentencia.

Esto ha llevado a que, en la práctica, los órganos jurisdiccionales del sistema romano-germánico apliquen diariamente la jurisprudencia prescindiendo de hacer el elemental análisis analógico de compatibilidad entre el caso fuente y el caso a resolver del que hablábamos.

En México la situación se agrava si tomamos en cuenta que la práctica consuetudinaria de los juzgadores es aplicar las llamadas “tesis jurisprudenciales” publicadas en el Semanario Judicial de la Federación que contienen solamente un extracto de la sentencia considerada obligatoria. El grueso de los abogados y jueces del país se refieren a la jurisprudencia pensando en un criterio jurídico, que consta de un rubro y de un texto, y no en una sentencia como sucede en el resto del mundo, así pues, la aplicación de la jurisprudencia se hace mediante silogismos, la premisa mayor es la tesis, la premisa menor es el caso concreto y, la conclusión, es la aplicación de la tesis al caso concreto<sup>46</sup>.

Ejemplo de ello es que no obstante el Acuerdo General 19/2013, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisó que tanto la sentencia ejecutoria – incluidos los votos- como la tesis jurisprudencial, *conforman la “jurisprudencia”* y no aisladamente la tesis o la sentencia ejecutoria, en el diverso 20/2013 señala que las tesis jurisprudenciales deben ser redactadas con tal precisión que *no sea necesario recurrir a la resolución correspondiente*.

Esta esquizofrenia positivista equipara en todos sus aspectos y aplicación la jurisprudencia a la norma, paradójicamente, le ha restado claridad a la misma, comprometiendo la seguridad jurídica y el principio de igualdad. No existe un estudio casuístico de la jurisprudencia, ni en los programas de estudio de las universidades ni en las resoluciones mismas de los jueces, esto provoca que las partes y la sociedad en general no tengan la certeza de que se aplique por analogía la respuesta de un caso a otro, sino de una aplicación automática que desvirtúa la función del juzgador y la naturaleza misma de la jurisprudencia.

---

<sup>46</sup>Soberanes Díez, *op.cit.*, pp.11 y ss.

### ***Equiparación a la norma en cuanto a su obligatoriedad***

La aplicación de la jurisprudencia mediante la técnica de analogía y no de silogismos, y el indebido uso de las tesis jurisprudenciales en el derecho mexicano, o en el sistema anglosajón de la llamada “*ratio decidendi*”-no obstante marcan una importante diferencia entre la norma jurídica y la jurisprudencia-, no la alejan de su similitud a ella para el estudio que nos ocupa, ya que, como se ha referido, la inaplicación del precedente como de la norma –en este caso a través del ejercicio del control de convencionalidad-, parte de que, en principio, sean aplicables al caso en concreto.

Si acudiéramos a Kelsen para contestar a la pregunta de si la sentencia constituye o no un acto normativo, la respuesta sería siempre afirmativa, partiría de la premisa de que toda sentencia, en su fallo, constituye una norma particular. Sin embargo, cuando se habla de que la jurisprudencia es equiparable a la norma jurídica nos referimos, no en el sentido kelseniano de considerar a la jurisprudencia norma individual, sino entendiendo el concepto amplio de norma jurídica definido por Del Vecchio<sup>47</sup> de la forma que sigue:

...según su propia naturaleza, la norma jurídica es general, o sea, procede por abstracción, por fijación de tipos; es decir, se refiere a una clase entera o serie de casos, en número indefinido, y no a personas indeterminadas, ni a relaciones individualmente consideradas.

Una primera postura, la que le niega la atribución de norma jurídica, es expresada por el notable jurista Ignacio Burgoa<sup>48</sup>, quien señala que se puede decir que la jurisprudencia es fuente del derecho como acto de interpretación legal obligatorio, más no como acto creador normativo.

Juventino V. Castro y Castro explica lo anterior señalando que la jurisprudencia no puede crear disposiciones legales, ya que si bien es cierto que en muchas ocasiones cubre las lagunas de la ley esta función nunca es arbitraria debido a que los órganos jurisdiccionales la llevan a cabo con fundamento en el espíritu de otras disposiciones legales vigentes que, aplicadas en armonía bajo el

---

<sup>47</sup>Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, 9° ed., Barcelona, Bosch, 1991, p. 339.

<sup>48</sup>Burgoa, Ignacio, *El juicio de Amparo*, 35ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 824.

principio de unidad del ordenamiento, estructuran situaciones jurídicas para la resolución de los casos concretos que son sometidos al conocimiento de la autoridad.

Rafael de Pina comenta que la autoridad de la jurisprudencia –entiéndase obligatoriedad- debe tenerse como: “criterio orientador, de autoridad moral, pero sin la rigurosa eficacia de la norma jurídica”, ya que ello afectaría el principio de división de poderes<sup>49</sup>.

Ejemplo de esta postura es la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>50</sup> que señala lo siguiente (se añade énfasis):

JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA. SU APLICACION NO ES RETROACTIVA. Es inexacto que al aplicarse la jurisprudencia fijada por esta Cuarta Sala de conformidad a lo dispuesto por el artículo 192 de la Ley de Amparo, y formada con posterioridad a la fecha del acto reclamado en el juicio de garantías, y que interpreta la ley que rige a dicho acto, se viole en perjuicio del quejoso el principio contenido en el artículo 14 constitucional, en el sentido de prohibir la aplicación retroactiva de la ley, ya que la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente a la que está en vigor, sino sólo es la interpretación de la voluntad del legislador. **La jurisprudencia no crea una norma nueva, sino únicamente fija el contenido de una norma preexistente.** En consecuencia, si la jurisprudencia sólo es la interpretación de la ley que la Suprema Corte de Justicia de la Nación efectúa en determinado sentido, y que resulta obligatoria por ordenarlo así las disposiciones legales expresas, su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el juicio laboral del que dimana el acto reclamado en el juicio de garantías.

Por otro lado, autores como Carlos Arellano, se han adscrito a la doctrina que equipara a la jurisprudencia con la norma jurídica en razón de la fuerza obligatoria de las resoluciones dictadas en el desempeño de la función jurisdiccional<sup>51</sup>. En palabras de Recueil Gény, autor citado por Eduardo García Máynez: “cuando una

---

<sup>49</sup>Pina, Rafael de, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, 15ª ed., México, Porrúa, Volumen 4, 1986, 141 y ss.

<sup>50</sup>JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA. SU APLICACION NO ES RETROACTIVA. Localización: [J]; 7a. Época; 4a. Sala; S.J.F.; Volumen 121-126, Quinta Parte; Pág. 129.

<sup>51</sup>Arellano García, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, 8ª. ed., México, Porrúa, 1986, p. 63.

decisión jurisprudencial es declarada formalmente obligatoria para las decisiones futuras, desempeña exactamente mismo papel que una ley”<sup>52</sup>.

Otros, como Gabino Fraga, han dicho que la creación jurisprudencial constituye un acto materialmente legislativo, desde el punto de vista de su expresión<sup>53</sup>. También se sostiene que la jurisprudencia es norma por gozar del principio de generalidad, extraído por el propio juzgador al interpretar un determinado texto o fuente normativa<sup>54</sup>.

En el seno de nuestra Corte parece no haber un consenso definitivo sobre el tema. A pesar de que el proyecto de sentencia del Ministro Pardo Rebolledo al resolver la Contradicción de Tesis 299/2013 –que analizaremos más adelante–, señala que la jurisprudencia “no puede guardar analogía con las normas legales”, ministros como Margarita Luna Ramos y Luis María Aguilar Morales opinaron que la jurisprudencia sí debe ser considerada una norma general<sup>55</sup>, mientras que el ministro Zaldívar dijo que “la jurisprudencia sería una norma porque atribuye significados a los textos normativos”<sup>56</sup>.

Incluso, el ministro ponente señaló en la sesión del 14 de octubre de 2014, que el motivo por el cual de manera intencional no añadió en su proyecto a dicha contradicción un pronunciamiento sobre la equiparación de la jurisprudencia con la norma general es porque “(...) de esta manera, si se enfrenta con otra norma general, que puede ser una ley, entonces hay que buscar la regla que genera la protección más amplia, y eso necesariamente implica la inaplicación de la jurisprudencia en caso de que se contraponga con alguna norma convencional que genera una protección más amplia (...)”.

En nuestra opinión, este es un tema fundamental para nuestro estudio y, por lo tanto, lo era también para la resolución de la mencionada contradicción de tesis, sobre la cual debe partirse de hacer una distinción entre *enunciados normativos* y

---

<sup>52</sup>García Máynez, Eduardo, “Interpretación General e Interpretación Jurídica”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, Tomo IX, No. 35 y 23, julio-diciembre de 1947, p.69.

<sup>53</sup>Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1991, pp. 66 y ss.

<sup>54</sup>Orozco Muñoz, Martín, *op.cit.*, Navarra, Aranzadi, 2011, p.32.

<sup>55</sup>Versión estenográfica, Sesión 14 de octubre 2014, pp. 10 y 11.

<sup>56</sup>Versión estenográfica, Sesión 14 de octubre 2014, p. 20.

*normas*<sup>57</sup>. Los primeros son los que acuerda el legislador y expresa en un texto legal, mientras que los segundos son el significado que está justificado atribuir a tales enunciados, a veces, el significado de un enunciado normativo no supone problema alguno, pero en otros casos, es necesario realizar ejercicios elaborados de interpretación para determinarlo. En otras palabras, es significado lo que tiene un carácter esencialmente normativo y no el enunciado por sí mismo.

Tomando en cuenta esta distinción, podemos afirmar que en realidad los criterios jurisprudenciales no son otra cosa que normas jurídicas ya que precisamente mediante esos criterios jurisprudenciales se la atribuye un significado a algún enunciado normativo. Mediante el proceso judicial de creación de jurisprudencia se determinan las normas del sistema jurídico en aquellos casos en que haya dudas sobre el significado de algún enunciado normativo. Esto nos deja ver que en los casos en que el significado normativo no sea claro, es la jurisprudencia la que posee el carácter normativo y, por lo, tanto materialmente equiparable a la norma jurídica.

El punto de mayor coincidencia entre la jurisprudencia y la norma se encuentra en que ese significado normativo que posee tanto la norma como la jurisprudencia comparten un elemento fundamental dentro del sistema de derecho: *obligatoriedad*.

Tanto la norma como la jurisprudencia poseen los siguientes elementos característicos: 1) una autoridad con capacidad de imponer algo como obligatorio; 2) uno o varios súbditos, que después serán obligados; 3) una norma que es la orden o mandato por el cual la autoridad impone a los súbditos algo como obligatorio; 4) un contenido normativo que es aquello que se declara obligatorio para los súbditos; 5) un vínculo, que es la obligación, que une al súbdito o súbditos con el mandato; y 6) un valor que trata de proteger o desarrollar la norma<sup>58</sup>.

Inspirada casi en su totalidad en el proyecto elaborado por Ignacio L. Vallarta, la Ley de Amparo de 1882 sentó las bases de la forma en que opera la

---

<sup>57</sup>Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Marina Gascón y Miguel Carbonell (traductores), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 199, pp. 10-11.

<sup>58</sup>Villoro Toranzo, Miguel, "La norma jurídica y sus caracteres", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, Tomo XXVIII, No. 111, 1978, pp. 860 y 861.

jurisprudencia en nuestro sistema de derecho. El artículo 70 estableció que emitir una sentencia en contra de la interpretación fijada por la Suprema Corte en cuando menos cinco sentencias uniformes constituía un delito que se castigaría con la pérdida del empleo y prisión de seis a tres años. Vale la pena transcribir un de la obra de Vallarta titulada *Algunas reflexiones sobre el juicio de amparo*, citado por Zertuche<sup>59</sup>(se añade énfasis):

Que centenares de ejecutorias han condenado la opinión que interpreta a estos artículos en el latísimo sentido en que este amparo se toman, es un hecho que dan testimonio irrefragable las actas de esta Corte, y que nadie pondría en duda: desde la célebre que se pronunció en el amparo Larrache, declarando que la segunda parte del artículo 14 no se refiere a negocios judiciales del orden civil; desde la no menos notable que recayó en el caso Cortés, y que calificó de igualmente falsa la interpretación que se hacía del 16, invocándolo contra errores y abusos de los jueces respecto de la aplicación de leyes civiles, son tantas las que ha uniformado la doctrina y la jurisprudencia sobre este punto, que no solo de **temeridad** debe calificarse al traer de nuevo a discusión esas materias aportadas, sino que **como anticonstitucional se debe reputar el empeño de no respetar la última palabra pronunciada por ellas**, por quien tiene plena potestad para resolverlas decisivamente.

El Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908, ordenamiento donde por primera vez aparece la palabra jurisprudencia en una legislación mexicana, señalaba en su artículo 787 que la jurisprudencia de la Corte en los juicios de amparo es obligatoria para los jueces de distrito y que la misma Suprema Corte tendría que respetar sus propias ejecutorias salvo que exprese las razones para no hacerlo. En la exposición de motivos de dicha disposición se dijo: "...la jurisprudencia debe obligar a los jueces inferiores, porque esta virtud le es propia; por tanto, un juez de distrito podrá aducir razones en contra para que la Corte las tome en consideración; pero debe sujetarse en sus resoluciones a la jurisprudencia establecida, pues no siendo así, resultaría de todo punto inútil establecerla".

---

<sup>59</sup>Zertuche García, Héctor Gerardo, *La jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano*, México, Porrúa, 1990.

Dado que su constitucionalidad fue duramente discutida al establecerse la obligatoriedad en una ley secundaria, en 1951 fue necesario adicionar la fracción XIII al artículo 107 constitucional para decir: “La ley determinará los términos y casos en que sea obligatoria la jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, así como los requisitos para su modificación”, precepto, que sin reformas relevantes, permanece hasta nuestros días<sup>60</sup>. La exposición de motivos de esta adhesión constitucional dice (se añade énfasis):

f) La fracción XIII del artículo 107 de esta Iniciativa considera que la ley determinará los términos y casos en que sea obligatoria la jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, así como los requisitos para su modificación. Estimamos pertinente la inclusión de esta norma en la Constitución, **por ser fuente del derecho la jurisprudencia, lo cual explica el carácter de obligatoriedad** que le corresponde igualmente que a los mandatos legales debiendo ser por ello acatada tanto por la Suprema Corte de Justicia, como por las Salas de ésta y los otros Tribunales de aquel Poder. La disposición que se contempla da ocasión para modificar la jurisprudencia y expresa que las leyes secundarias determinarán los requisitos a satisfacer, pues como el derecho no es una categoría eterna sino siempre cambiante, la jurisprudencia debe ser dinámica y recoger el sentido evolutivo y progresista de la vida social. Además, plantear a la consideración de los Tribunales de la Federación un asunto sobre el que ya se ha tomado decisión jurisprudencial, para depurar esta jurisprudencia en bien de la efectiva vigencia de los textos constitucionales, es afán que mira por el respeto de la Constitución.

Incluso se dijo que la naturaleza de fuente de derecho de la jurisprudencia se explica en virtud de “el carácter de obligatoriedad que le corresponde *igualmente a los mandatos legales*”.

La Ley de Amparo vigente establece el mandato de aplicación obligatoria de la jurisprudencia mediante un “sistema de cascada” –como lo llama el Dr. José María Soberanes<sup>61</sup>– planteada en razón de jerarquía judicial y verticalidad, de modo que la jurisprudencia que establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación

---

<sup>60</sup>La reforma del 25 de octubre de 1967 pasa esta fracción del artículo 107 al artículo 94, en virtud de ser este último de carácter general, y el 107 de manera especial consigna las bases que rigen el procedimiento del juicio de amparo, y la jurisprudencia de los dichos tribunales puede constituirse en procedimientos distintos de ese juicio.

<sup>61</sup>Soberanes Díez, *op.cit.*, p. 48.

funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas cuando la decrete el Pleno, y además, para los plenos de circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. La jurisprudencia que establezcan los plenos de circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente. Y la jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente.

El momento en el que una jurisprudencia se considera obligatoria tratándose de la emitida por el Poder Judicial de la Federación, con excepción del Tribunal Electoral, está previsto en el Acuerdo 19/2013 del 25 de noviembre de 2013 que señala que se considerará de aplicación obligatoria un criterio jurisprudencial a partir del lunes hábil siguiente al día en que la tesis respectiva o la ejecutoria dictada en una controversia constitucional o en una acción de inconstitucionalidad, sea ingresada al Semanario Judicial de la Federación. Lo anterior, sin menoscabo de que las partes puedan invocar un criterio jurisprudencial, tomando en cuenta lo previsto en los artículos 221, parte final, de la Ley de Amparo y 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando no se hayan difundido en el Semanario Judicial de la Federación la tesis respectiva o la ejecutoria dictada en una controversia constitucional o en una acción de inconstitucionalidad.

Tratándose de la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, para que resulte obligatoria, se requiere una declaración formal de la Sala Superior, misma que deberá notificarse de manera inmediata a las salas Regionales, al Instituto Federal Electoral y, en su caso, a las autoridades electorales locales. Por otro lado, la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo

235 señala que la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación será obligatoria para el Tribunal Electoral, cuando se refiere a la interpretación directa de un precepto de la Constitución, y en los casos en que resulte exactamente aplicable.

En el caso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, derivado de la resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011, tanto las sentencias provenientes de los casos en que México haya sido parte del litigio como en las que no lo haya sido, son *vinculantes* para todos los jueces mexicanos siempre que sean más benéficas al individuo:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

Como vemos, la Suprema Corte hizo una distinción entre la *obligatoriedad* de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación y la *vinculatoriedad* de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sostuvo que a diferencia de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, la cual se considera obligatoria al cumplir con los requisitos de integración previstos en la Ley de Amparo: reiteración, contradicción o sustitución; la jurisprudencia

interamericana se integra por un sistema de precedentes, según el cual, todos los criterios interpretativos contenidos en una resolución dictada por la Corte Interamericana con motivo de un asunto de naturaleza contenciosa gozan de fuerza vinculante, sin necesidad de que se siga un procedimiento formal distinto. En tal virtud, los pronunciamientos del tribunal interamericano deben entenderse de la siguiente manera (se añade énfasis):

... cada pronunciamiento del tribunal interamericano se integra a la doctrina jurisprudencial interamericana, cuya fuerza vinculante debe entenderse en clave de progresividad, es decir, como un **estándar mínimo** que debe ser recibido por los Estados que hayan reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana para ser aplicados directamente, en forma armónica con la jurisprudencia nacional, o para ser desarrollados o ampliados mediante jurisprudencia que resulte más favorecedora para las personas.

La palabra “vincular” etimológicamente proviene de del latín *vinculum*, formada por *vincire* (atar) y el sufijo instrumental *-culum*, es decir “atar o sujetar algo en otra cosa”. La Real Academia Española también define el verbo “vincular” como “sujetar a una obligación”. Por su parte, como se explica en el Diccionario Jurídico Mexicano<sup>62</sup> con base a las Institutas de Justiniano, una obligación es un *vínculo de derecho*, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad<sup>63</sup>: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secudum nostrae civitatis iura*.

Lo anterior demuestra que al menos conceptualmente “obligar” y “vincular” resultan prácticamente sinónimos. La Ministra Margarita Luna Ramos se pronunció en este sentido en la discusión del Pleno del 3 de septiembre de 2013 al resolver la referida Contradicción de Tesis 293/2011:

En el proyecto, como bien lo explicaba el señor Ministro Zaldívar, en el momento en que hizo su presentación, él decía que no debería de entenderse tanto con un carácter de obligatoriedad tan fuerte, sino de

---

<sup>62</sup>López Monroy, José de Jesús y Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, “Obligación” *Diccionario Jurídico Mexicano*, 8ª. ed., México, Porrúa, Tomo I-O, 1995, pp. 2246-2247.

<sup>63</sup>García del Corral, Idelfonso L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889, Tomo I, p.101.

alguna manera como vinculante en la interpretación de estos criterios; sin embargo, si nosotros acudimos al Diccionario de la Real Academia pues prácticamente podríamos decir que podrían ser sinónimos, la obligatoriedad y la vinculación; por qué razón, porque el vincular, precisamente, una de sus acepciones es el entender que es vinculante aquello que es obligatorio; y obligatorio, es aquello que tenemos que hacer; entonces, de alguna forma para mí, sí resultan prácticamente el hablar de vinculación o el hablar de jurisprudencia como tal, con carácter obligatorio, resultan ser sinónimos; entonces, por estas razones, yo recurriría a lo que de alguna manera ya había externado en la ocasión anterior cuando discutimos este tema.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la diferencia sustancial entre la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene que ver más con su “fuerza” que con su nacimiento. La Corte señala:

...no debe entenderse el carácter vinculante de los criterios interamericanos en un sentido fuerte, es decir, como un lineamiento que constriña a los jueces internos a resolver aplicando indefectiblemente el estándar sentado por la Corte Interamericana, pasando por alto, incluso, los precedentes del Poder Judicial de la Federación.

La Corte le resta el carácter obligatorio a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debido a que la progresividad y el principio pro persona que permiten que los derechos puedan ser desarrollados y ampliados a de ella. Nos parece que este es el criterio que debiera imperar en cuanto a la aplicación de toda jurisprudencia –nacional e internacional- que interprete temas de derechos humanos, pero ahondaremos en ello más adelante.

Cuando hablamos de obligatoriedad, entendemos el dicho de una cosa que obliga a su cumplimiento, su exigibilidad<sup>64</sup>, por lo tanto, nos referimos a un deber, una exigencia de acogerla y sujetarse a ella<sup>65</sup>. En México, desde la Ley de 1882 que establecía en su 70 que la concesión o denegación del amparo contra texto

---

<sup>64</sup>Obligar es “obtener por la fuerza, forzar” (obligación, deber. Exigencia moral o legal); latín obligare “a comprometer, atar, ligar”, Gómez de Silva, G., *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 294.

<sup>65</sup>Alvarado, Miguel, “Las veinticinco principales reglas de la obligatoriedad de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación”, *Criterio y Conducta*, México, No. 9, Enero-Junio de 2011, p. 24.

expreso de la Constitución o contra su interpretación, fijada por la Suprema Corte, por lo menos en cinco ejecutorias uniformes, se castigaría con la pérdida de empleo y con prisión de seis meses a tres años si el juez había obrado dolosamente, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una sanción para el juez que se aparte de la jurisprudencia establecida. Algunos autores incluso opinan que al carecer la jurisprudencia de medios coactivos para su observancia se torna inefectiva.<sup>66</sup> Esto no es del todo cierto.

Aun cuando a la fecha no se han producido tesis del Pleno en las que se estime que el no acatamiento de la jurisprudencia es motivo de responsabilidad, el Consejo de la Judicatura Federal sí lo ha hecho. Según el ministro Cossío, hasta 2008 se habían, sancionado por incumplir la jurisprudencia a veintiocho funcionarios judiciales: uno con suspensión sin goce de sueldo; dieciséis con apercibimientos privados; uno con amonestación pública; seis con apercibimiento público y cuatro con amonestación pública<sup>67</sup>.

En noviembre de 2012, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia de la Ministra Margarita Luna Ramos, resolvió el Amparo Directo en Revisión 2126/2012 en contra de la resolución del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito que decidió “desaplicar, en el caso concreto, las diversas reglas que en la interpretación de ese precepto constitucional –artículo 123, Apartado B, fracción XIII- ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación (...)”.

La Segunda Sala consideró que, la inaplicación la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no está autorizada en ninguna disposición legal, por lo que, si existe jurisprudencia del máximo tribunal exactamente aplicable al caso, los órganos jurisdiccionales obligados a cumplir con ella, careciendo de atribuciones para reinterpretar su contenido.

En tal virtud, se desechó el Recurso de Revisión y con fundamento en los artículos 131, fracciones III y XI de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la

---

<sup>66</sup>Carmona Tinoco, Jorge Ulises La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, México, Nueva Serie, Año XXVII, No. 83, Mayo-Agosto de 1995, pp. 523 y ss.

<sup>67</sup> Cossío, José Ramón, *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008, p. 728.

Federación y 8°, fracción XXIV de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, se dio vista al Consejo de la Judicatura Federal con el contenido de la ejecutoria, para el efecto de que analizara si se configuraba alguna causa de responsabilidad administrativa.

La Secretaría Ejecutiva de Disciplina del Consejo de la Judicatura Federal formó y registró el expediente bajo el número de Denuncia 20/2013 resolviendo *no ha lugar* a iniciar procedimiento de responsabilidad a los magistrados del Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito por el siguiente razonamiento (se añade énfasis):

En ese tenor, si **no existe norma o criterio alguno del que derive la obligación de los juzgadores de aplicar jurisprudencia derivada de un contexto normativo que ha sido modificado** y que, por ende, ha perdido su fuerza vinculatoria respecto de actos que rigen por un nuevo marco jurídico que no fue objeto de análisis en aquélla, no existe sustento constitucional o legal alguno para reprochar administrativamente a un juzgador de amparo la falta de aplicación de un criterio jurisprudencial cuando en la sentencia respectiva desarrolló los razonamientos lógico jurídicos que de manera fundada y motivada lo llevaron a concluir su pérdida de vigencia como consecuencia de una modificación del contexto normativo de cuya interpretación derivó, sin que ello se traduzca en desaplicar la jurisprudencia respectiva a un caso concreto y menos aún en considerar que ésta es contraria al nuevo contexto normativo, sin que incluso resulte procedente una solicitud de modificación de jurisprudencia dado que se tratará del análisis de un marco jurídico diverso, tal como lo sostuvo la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 2a. LI/2008 que lleva por rubro y datos de identificación: SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA. ES IMPROCEDENTE SI ÉSTA SE REFIERE A UN ARTÍCULO DEROGADO Y SOLAMENTE FUE CITADA EN UN CASO CONCRETO POR ANALOGÍA". (p.19)  
(...)

Por ende, el criterio sostenido por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito al resolver el amparo 76/2012 no es reprochable administrativamente ya que en realidad contiene diversas consideraciones relacionadas, por una parte, con la posible **pérdida de vigencia de una tesis jurisprudencial** de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ante la modificación del contexto constitucional que sirve de base a la interpretación, aplicación e integración de las normas generales que integran el orden jurídico nacional y, por otra parte, en el fallo en comento se expresan diversas consideraciones que implícitamente conllevan a la idea rectora consistente en que el caso

concreto sometido a la consideración de este tribunal de amparo **no encuadraba a plenitud** en los supuestos del mencionado criterio jurisprudencial.

Como se ha precisado, no es lo mismo “dejar de aplicar la jurisprudencia” a la “inaplicación” de la misma, pues la segunda exige que sea siempre “aplicable”. Por ello, no podemos decir que el Consejo de la Judicatura Federal haya establecido un criterio en relación con las posibles sanciones a las que incurriría un juzgador federal en caso de inaplicar la jurisprudencia en ejercicio del control de convencionalidad, pues se limita a señalar que en el caso en concreto el Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito hizo un análisis suficiente que lo llevó a concluir que la jurisprudencia “no era aplicable”.

Con esta resolución el Consejo de la Judicatura Federal no cierra la puerta a posibles sanciones administrativas en caso de desatender la jurisprudencia obligatoria, incluso señala que “al analizar si una sentencia emitida por un tribunal del Estado mexicano es contraria a lo establecido en un criterio jurisprudencial establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, por ende, implica el incumplimiento de la obligación derivada de lo previsto en el artículo 192 de la Ley de Amparo (...) es necesario atender tanto a los términos utilizados en el fallo respectivo como a las conclusiones a las que en realidad se arribó en aquél (...)”.

Lo anterior nos deja ver que la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación, sí posee medios coercitivos para su observancia al existir una sanción en caso de su incumplimiento y, por lo tanto, podemos afirmar que su aplicación constituye “una obligación jurídica” hacia los juzgadores. Ello no ocurre con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a la cual los jueces se encuentran “vinculados” con una fuerza menor a la del Poder Judicial de la Federación.

Podemos concluir entonces que la norma y la jurisprudencia son equiparables en cuanto a su obligatoriedad –más no en su forma de aplicación–, poseyendo incluso medios coercitivos para garantizar que los jueces no se aparten del criterio emitido por sus superiores jerárquicos. Los jueces, al emitir sus resoluciones,

están sujetos tanto al imperio de la Ley como de la jurisprudencia obligatoria del Poder Judicial de la Federación.

### **1.5 Consolidación de la jurisprudencia en el derecho mexicano**

Una vez asentado que la figura de la jurisprudencia es equiparable a la norma jurídica en cuanto a su obligatoriedad analizaremos la figura de la jurisprudencia en el derecho mexicano, su sistema de creación y forma de publicación, como elementos determinantes en su aplicación diaria.

Este trabajo no tiene como propósito hacer una reseña histórica de la jurisprudencia en México, no obstante, es necesario precisar que las bases de su integración y obligatoriedad –desde sus orígenes- han permanecido intocados hasta nuestros días.

La Ley Orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1857 expedida el 14 de febrero de 1882, dio origen a la figura de la jurisprudencia en nuestro derecho, aunque vale la pena decir que no fue hasta 1908 que en el Código Federal de Procedimientos Civiles aparece, por primera vez, la palabra “jurisprudencia” en la legislación mexicana y, constitucionalmente, hasta la reforma al artículo 107 del 19 de febrero de 1951.

La referida Ley de 1882 establecía, en su artículo 34, que las sentencias pronunciadas por los jueces debían estar fundadas en el texto constitucional y para que su interpretación fuera correcta, debía atender al sentido que, en su caso, le dieran las ejecutorias de la Suprema Corte. Asimismo señalaba en el artículo 70, que la concesión o denegación del amparo contra texto expreso de la Constitución *o contra su interpretación*, fijada por la Suprema Corte, por lo menos en cinco ejecutorias uniformes, se castigaría con la pérdida de empleo y con prisión de seis meses a tres años si el juez había obrado dolosamente, y si procedía por falta de instrucción o descuido, quedaría suspenso de sus funciones por un año.

Como vemos, esta Ley fija, por primera vez, el requisito de la reiteración de los criterios para que las sentencias ejecutoriadas de la Suprema Corte fueran obligatorias, imponiendo el deber de los jueces constitucionales de resolver los

asuntos que se les presenten conforme al sentido de la Constitución dado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en ellas.

A pocos años de promulgada la citada Ley, en el Código de Procedimientos Federales de 1897, se suprimió el sistema de creación de jurisprudencia. Héctor Gerardo Zertuche opina que tal desaparición obedeció, entre otras cuestiones, a un estricto apego a las ideas filosóficas jurídicas imperantes en esa época, fundamentalmente a la llamada escuela francesa de la exégesis que dio lugar a la interpretación literal de la ley<sup>68</sup>.

A manera de exposición de motivos, la justificación hecha por parte del Licenciado Luis. G. Labastida, presidente de la comisión encargada de elaborar el Código de Procedimientos Federales, señalaba sobre ello lo siguiente:

...se extinguen las tendencias invasoras del Poder Judicial, que en todos los países y frecuentemente en el nuestro, ha concluido muchas veces por absorber atribuciones que no le corresponden.

Fue hasta el 26 de diciembre de 1908, más de 10 años después, también bajo el gobierno de Porfirio Díaz, que el Código Federal de Procedimientos Civiles reguló nuevamente la jurisprudencia y, con ello, inició su consolidación en nuestro país, pues desde entonces hasta la fecha, la jurisprudencia ha permanecido como parte integrante del sistema jurídico mexicano. En la exposición de motivos se dice lo siguiente<sup>69</sup>:

Sea como quiera, siempre será una fuente útil, tal vez indispensable para la ruta de la inteligencia de la ley, lo que resuelvan esas ejecutorias, cuando sus fundamentos estén conformes con la razón.

El derecho es una ciencia que se apoya en la razón, y, por consiguiente, ésta será la que construya el principio fundamental de aquél. De ahí que la necesidad de la jurisprudencia sea uniforme y obedezca a determinadas reglas; de lo contrario, es imposible su existencia y autoridad, como sucede ahora, que donde hallamos una ejecutoria para fundar un derecho, encontramos otra para destruirlo. Es urgente, por lo expuesto, uniformarla de alguna forma.

---

<sup>68</sup>Zertuche García, Héctor Gerardo, *op.cit.*, p. 71.

<sup>69</sup>Cabrera Acevedo, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia a Principio del Siglo XX 1901-1914*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1993, p. 171.

Desde 1882, la facultad para crear jurisprudencia estuvo limitada únicamente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En la década de los 60's, el rezago en el trabajo del máximo tribunal había alcanzado proporciones tan importantes, que se pensó en la necesidad y conveniencia de que su facultad para emitir jurisprudencia fuera compartida por los tribunales colegiados de circuito, creados dieciséis años antes<sup>70</sup>. De modo que, el 25 de octubre de 1967, se reformaron los artículos 94 y 107 constitucionales para ello y se incrementó la legislación que podía ser interpretada por los tribunales competentes, es decir, antes de esta fecha la jurisprudencia de Poder Judicial de la Federación sólo podía derivar de la interpretación de la Constitución, las leyes federales y los tratados internacionales y, a partir de la reforma, se permitió la interpretación por medio de la jurisprudencia de leyes y reglamentos locales.

El 10 de agosto de 1987 hubo varias reformas constitucionales que incidieron en el sistema competencial relativo a la normatividad de la jurisprudencia, otorgándose a los tribunales colegiados el control de la constitucionalidad de los reglamentos autónomos y municipales y de los actos concretos de autoridad y el control de la legalidad. Los tribunales colegiados comenzaron a encargarse de la creación de jurisprudencia sobre legalidad, de modo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conociera, de aquellos asuntos, sólo en el caso de que tuvieran ciertas características, o indirectamente, al resolver las contradicciones de tesis sustentadas entre los colegiados.

En 1994, con la importante reforma constitucional al Poder Judicial de la Federación se agregó una de las facultades a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocida en los Estados Unidos de América como el *writ certioari*, que consiste en dejar en manos del máximo tribunal la resolución de los asuntos que, por suponer la fijación de un criterio de importancia y trascendencia, debe ser resuelto por el órgano terminal de control constitucional. Fue así como la Corte comenzó a determinar y a remitir a los tribunales colegiados de circuito, mediante

---

<sup>70</sup>Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia en México*, 2002, p. 157.

acuerdos generales, aquellos asuntos en que ya hubiera emitido jurisprudencia o que no entrañaran la fijación de un criterio de importancia y trascendencia<sup>71</sup>.

Finalmente, la reforma constitucional de 2011 crea los plenos de circuito, otorgándoseles la facultad de fijar jurisprudencia. La Ley de Amparo de 2013 promulgada con motivo de dicha reforma precisó que la jurisprudencia emitida por estos órganos al resolver las contradicciones de tesis entre dos o más tribunales colegiados, sería obligatoria únicamente para los órganos jurisdiccionales inferiores del circuito al que pertenecen.

A continuación analizaremos las distintas características que rodean la figura de la jurisprudencia en nuestro país, desde su forma de creación, sustitución y modificación, hasta las distintas funciones y efectos que producen en nuestro orden jurídico.

## **1.6 La jurisprudencial en el marco jurídico mexicano**

Ignacio Burgoa señalaba que, cada autoridad judicial, independientemente de su categoría o grado es susceptible de sentar jurisprudencia<sup>72</sup>. En México, sin embargo, esto no es así, dentro de un terreno estrictamente legal, la jurisprudencia no es un producto espontáneo sino el resultado de distintos procedimientos en los que, cumpliéndose en cada uno de ellos con diversos requisitos legales, permiten el alumbramiento de la misma<sup>73</sup>.

En este apartado dividiremos el análisis de la jurisprudencia de acuerdo al órgano del que provienen, primero la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación –con excepción del Tribunal Electoral-, seguida de la del Tribunal Electoral y, finalmente, la jurisprudencia derivada de los organismos internacionales, en especial la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

<sup>71</sup> Arellano García, Carlos, *El juicio de amparo*, 6ª ed. México, Porrúa, 2000, p. 64.

<sup>72</sup> Burgoa, Ignacio, *op.cit.*, p. 820.

<sup>73</sup> Alvarado, Miguel, “La jurisprudencia en la nueva ley de amparo”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, No. 35, 2013, p. 190.

### **1.6.1 La jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación- con excepción del Tribunal Electoral-**

El décimo párrafo del artículo 94 constitucional, establece que será la ley la que fije los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que emitan los tribunales del Poder Judicial de la Federación y los plenos de circuito. La norma que determina lo anterior es la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que, en su artículo 177, dispone que la jurisprudencia se regirá, por regla general, por la Ley de Amparo, salvo en los casos en que la ley de la materia contenga disposición expresa en otro sentido.

Solamente la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 Constitucional establece un procedimiento especial para la creación de la jurisprudencia, por lo tanto, salvo en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad, la formación de la jurisprudencia en todos los procesos se rige por la Ley de Amparo.

De la Ley de Amparo se desprende que existen tres vías o métodos para integrar jurisprudencia: por reiteración de criterios, contradicción de tesis y por sustitución. Asimismo, faculta a tres órganos para formarla: la Suprema Corte de Justicia de la Nación (ya sea en Pleno o salas), los plenos de circuito (de reciente creación con la reforma de 2011), y los tribunales colegiados de circuito.

#### **– Jurisprudencia por reiteración de criterios**

El artículo 216 de la Ley de Amparo señala que la jurisprudencia por reiteración la establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en salas, o por los tribunales colegiados de circuito.

En este sistema, la jurisprudencia se integra por el criterio contenido en cinco ejecutorias resueltas en el mismo sentido, no interrumpidas por otra en contrario y emitidas por un mismo órgano jurisdiccional en diferentes sesiones. Para ello también se requiere una votación calificada en cada resolución que integre la jurisprudencia de acuerdo al órgano jurisdiccional que la emita. En el caso de jurisprudencia del Tribunal en Pleno se necesita un mínimo de 8 votos, para la proveniente de las Salas de por lo menos 4 votos y para el establecimiento de la

jurisprudencia de los tribunales colegiados de circuito se requiere unanimidad de votos, conforme a lo establecido en los artículos 222 a 224 de la Ley de Amparo.

Al tratarse de un sistema que requiere que un mismo criterio se repita en diversas decisiones, el seguimiento de todas las resoluciones para verificar los casos en que exista tal reiteración resulta fundamental, es por ello que el Acuerdo General 19/2013 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que la Secretaría General de Acuerdos y las Secretarías de Acuerdos de las Salas de la Suprema Corte, con el apoyo de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, deberán llevar el seguimiento puntual de los precedentes sustentados por el Pleno o por las Salas, con el objeto de que una vez integrada la jurisprudencia por reiteración, lo certifiquen y lo informen de inmediato al órgano emisor, llevándose a cabo lo necesario para su difusión en el Semanario Judicial de la Federación.

La previsión de que el criterio sea emitido por un mismo órgano en diferentes sesiones fue impuesto recientemente tras la promulgación de la nueva Ley de Amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013 teniendo como referencia el proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que lo consideró necesario para propiciar que la formación de la jurisprudencia sea resultado de una detenida reflexión del tribunal<sup>74</sup>.

Algunos expertos, como Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil opinan que esta prescripción en la nueva Ley de Amparo, dificulta se establezca jurisprudencia que sirva de orientación a los demás órganos jurisdiccionales en todo el Estado mexicano y que con ello se menoscaba la autoridad de la Suprema Corte como tribunal constitucional, pues se obstaculiza que cumpla esa función<sup>75</sup>. Por el contrario, otros opinan que esto permite una verdadera “reiteración”, pues ésta exige discutir en lo particular cada uno de los cinco asuntos que permitan su integración<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup>Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, 2001, pp. 75-76.

<sup>75</sup>Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El Nuevo Juicio de Amparo*, México, Porrúa, 2013, p.238.

<sup>76</sup>Alvarado, Miguel, “La jurisprudencia...” *cit.*, p. 204.

Coincidimos con el jurista español Xiol Ríos que insiste en que, en ocasiones, la reiteración es innecesaria y, en otras, insuficiente, por lo que hoy en día difícilmente se puede mantener con carácter general una concepción tan rígida<sup>77</sup>. El valor de la jurisprudencia y su carácter casuístico, no depende de la forma de expresión de una resolución o del número de veces que se pronuncia un criterio, sino de la resolución misma del caso concreto.

Es cierto que los requisitos de importancia y trascendencia para el ejercicio de la facultad de atracción de la Corte previsto en el artículo 40 de la Ley de Amparo, se satisfacen cuando se solicita para integrar jurisprudencia por reiteración y la problemática planteada implique el análisis e interpretación de diversos preceptos constitucionales y legales<sup>78</sup>, no obstante, esta práctica no suele ser tan dinámica como parece y, por lo tanto, se ha llegado al absurdo de que los jueces deban aplicar el criterio de alguna de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitido en la Séptima Época o por un tribunal colegiado de circuito, por ser jurisprudencia obligatoria, sin poder acudir a interpretaciones más recientes, incluso del Pleno, que por la falta de reiteración no son jurisprudencia todavía. Resulta oportuno reflexionar, nuevamente, sobre el requisito de reiteración en la forma de creación jurisprudencial en nuestro sistema de derecho, sobre todo, de las decisiones de nuestro máximo tribunal.

– Jurisprudencia por contradicción

Cuando se estableció por primera vez la obligatoriedad de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, era difícil encontrarse con sentencias contradictorias debido a que la única facultada para establecerla era la propia Corte en Pleno. Posteriormente, esto se hizo factible al darse a las Salas en 1936 la posibilidad de establecer jurisprudencia, para 1968 a los tribunales colegiados de circuito, y en 2013 a los plenos de circuito. Muestra de este aumento es el dato

---

<sup>77</sup>Xiol Ríos, Juan Antonio, "Notas..." *op.cit.*, p. 105.

<sup>78</sup>FACULTAD DE ATRACCIÓN. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN PUEDE EJERCERLA A EFECTO DE INTEGRAR JURISPRUDENCIA SOBRE UN PROBLEMA QUE IMPLICA EL ANÁLISIS DE DIVERSOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES. Localización: [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Septiembre de 2011; Pág. 489. 1a./J. 102/2011.

de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2013 recibió un total de 428 denuncias de contradicción de tesis<sup>79</sup>.

La naturaleza jurídica de la contradicción de tesis como forma o sistema de integración de jurisprudencia tiene como finalidad preservar la unidad de interpretación de las normas que conforman el orden jurídico nacional<sup>80</sup>. Es por ello que, actualmente, la jurisprudencia por contradicción se puede establecer al dilucidar los criterios discrepantes sostenidos tanto entre las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como entre los plenos de circuito, o entre los tribunales colegiados de circuito.

La Ley de Amparo establece que la contradicción la resuelve, si se tratase de tesis contradictorias sostenidas entre las Salas de la Suprema Corte, por el Pleno de ésta. Cuando deban dilucidarse las tesis contradictorias sostenidas entre los plenos de circuito de distintos circuitos será, entre los plenos de circuito en materia especializada de un mismo circuito, o por sus tribunales de diversa especialidad. Si fuese entre los tribunales colegiados de diferente circuito, deberá resolverse por el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia. Finalmente, cuando se trate de tesis contradictorias sostenidas entre los tribunales colegiados de circuito, la resolverá el pleno del circuito correspondiente. Esto demuestra la verticalidad de la jurisprudencia, de modo que los criterios discrepantes entre dos órganos de la misma categoría, siempre deberán ser resueltos por el superior de ambos.

Al resolverse la contradicción, el órgano correspondiente podrá acoger uno de los criterios discrepantes, sustentar uno diverso, declararla inexistente, o sin materia. La decisión se tomará, en todos los casos, por la mayoría de los magistrados del órgano que corresponda.

A diferencia de la jurisprudencia por reiteración, este tipo de jurisprudencia no requiere de un número reiterado de sentencias: será una sola resolución la que se encargue de dilucidar entre dos o más criterios contradictorios cuál es el que prevalecerá, y esa resolución fijará jurisprudencia.

---

<sup>79</sup>Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe Anual de Labores 2013 del Poder Judicial de la Federación*, p. 14.

<sup>80</sup>CONTRADICCIÓN DE TESIS. SU NATURALEZA JURÍDICA. Localización: [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VI, Diciembre de 1997; Pág. 241. 1a./J. 47/97.

En relación con los sujetos legitimados para denunciar la contradicción, el legislador optó por facultarlos en cada supuesto:

- I. Contradicciones entre las salas de la Suprema Corte de Justicia: los ministros, los plenos de circuito, los tribunales colegiados de circuito y sus integrantes, los jueces de distrito, el procurador General de la República, o las partes de los asuntos que los motivaron;
- II. Contradicciones entre los plenos de circuito de distintos circuitos, entre los plenos de circuito en materia especializada de un mismo circuito, o sus tribunales de diversa especialidad, así como entre los tribunales colegiados de diferentes circuitos: los ministros, los plenos de circuito o los tribunales colegiados de circuito y sus integrantes, que hayan sustentado las tesis discrepantes, el procurador General de la República, los jueces de distrito, o las partes en los asuntos que las motivaron;
- III. Contradicciones entre los tribunales de circuito: el procurador General de la República, los mencionados tribunales y sus integrantes, los jueces de distrito o las partes en los asuntos que las motivaron.

Esta legitimación nos demuestra otra característica propia de la naturaleza de la jurisprudencia en nuestro orden jurídico consistente en el respeto a la independencia judicial, ya que los integrantes de los órganos superiores a aquellos que hayan conformado las tesis contradictorias, no están legitimados para denunciarlas.

Importa señalar que no obstante las partes en los asuntos que motivan la contradicción están legitimados para promoverla (ya sea tratándose de contradicciones entre los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los plenos de circuito y los tribunales colegiados de circuito), la resolución que sobre ella recaiga en ningún caso podrá afectar las situaciones jurídicas concretas de los juicios en los cuales se dictaron las sentencias que sustentan las tesis contradictorias.

– Jurisprudencia por sustitución

Surge de la sustitución de otra por reiteración o contradicción establecida por el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En la nueva Ley de Amparo, el concepto de “sustitución” reemplaza el de “modificación”, sin embargo, conviene precisar que la actual sustitución recoge, en gran medida, las mismas reglas de la derogada modificación de la jurisprudencia.

Este tipo de jurisprudencia, como señala el Dr. Edgar Corzo no es en realidad una vía de creación, pues actúa sobre la jurisprudencia ya creada por reiteración o contradicción<sup>81</sup>. En capítulos posteriores se abordarán las alternativas jurídicas ante la jurisprudencia inconvencional.

– Jurisprudencia por controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad

El artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 constitucional establece que son obligatorios los razonamientos de una sentencia cuando sean aprobados por cuando menos, ocho votos. Así pues, en materia de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fija jurisprudencia con un solo asunto resuelto, sin necesidad de la reiteración.

Tratándose de controversias constitucionales relativas a disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos impugnados por el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, o casos impugnados por dos Poderes de un mismo Estado o dos órganos del gobierno del Distrito Federal sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, si la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declara inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos

---

<sup>81</sup>Corzo Sosa, Edgar, *Nueva Ley de Amparo*, México, Tirant lo Blanch, Colección Reformas, 2013, p. 42.

ocho votos. En los demás casos, las resoluciones tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia

De igual forma, en el caso de las acciones de inconstitucionalidad, la resolución de la Suprema Corte de Justicia que declare la invalidez de las normas impugnadas requiere de la votación una mayoría de cuando menos ocho votos. Si no se alcanza la votación se desestima la acción y se ordena el archivo del asunto.

### **1.6.2 La jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación**

Desde la Constitución Federal de 1924 hasta 1987 con la creación del Tribunal de lo Contencioso Electoral, los procesos electorales fueron revisados por órganos e instituciones políticas. Dicho Tribunal estuvo facultado para resolver las impugnaciones en contra de las elecciones tanto presidencial, como de diputados y senadores. En 1990 se crea el Tribunal Federal Electoral, con carácter autónomo y con competencia para resolver los recursos en contra de los resultados electorales, sin embargo, sus resoluciones no eran definitivas, pues podían ser revisadas por el Colegio Electoral de la Cámara de Diputados.

Fue hasta 1996 con la reforma al artículo 99 constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de agosto, que el Tribunal Electoral se instituye como instancia jurisdiccional, atribuyéndosele la facultad para resolver de manera definitiva e inatacable, las impugnaciones contra actos o resoluciones de naturaleza electoral, en los ámbitos tanto federal como local, con excepción de las acciones de inconstitucionalidad.

La forma de creación de jurisprudencia por el Tribunal Electoral está regulada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación estableciéndose dos formas para ello: por reiteración de criterios y por contradicción.

#### Jurisprudencia por reiteración

El artículo 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación dispone que, se requiere *tres sentencias* no interrumpidas por otra en contrario en la que

se sostenga el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma para que cree jurisprudencia la Sala Superior del Tribunal Electoral. En el caso de las Salas Regionales, serán necesarias de *cinco sentencias*.

A diferencia de la jurisprudencia por reiteración de los demás órganos del Poder Judicial de la Federación, en el caso de la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, no se exige una votación calificada para que un criterio sea obligatorio. No obstante, la Sala Superior ha acostumbrado que, para aprobar una jurisprudencia, se requiera una mayoría simple de los integrantes de la Sala, independientemente del número de magistrados que participen<sup>82</sup>.

Conviene precisar que es la Sala Superior la que finalmente determina si procede fijarse la jurisprudencia de reiteración de las Salas Regionales, ya que éstas deberán comunicarle a aquella las cinco sentencias que contengan el criterio que se pretende sea declarado obligatorio, así como el rubro y el texto de la tesis correspondiente para que lo determine procedente.

#### Jurisprudencia por contradicción

En materia electoral, se integra jurisprudencia únicamente ante criterios en contradicción emitidos entre dos o más Salas Regionales o entre éstas y la propia Sala Superior. Siendo esta última la que determina cuál es el que debe prevalecer.

Los sujetos legitimados para denunciar la contradicción, son la Sala, un magistrado electoral de cualquier Sala o las partes.

Tal y como en el caso de la contradicción de tesis de los demás órganos del Poder Judicial de la Federación, los efectos de la declaratoria no pueden modificar los efectos de las sentencias dictadas con anterioridad.

---

<sup>82</sup>Castillo, Leonel, "Sistema rector de la jurisprudencia electoral", *Quid Juris*, Chihuahua, Año 1, Volumen 3, 2006, p.99.

## *Incompatibilidad con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

De conformidad con lo previsto por el párrafo séptimo del artículo 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y la fracción VIII del artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, cuando en forma directa o al resolver en contradicción de criterios, una Sala del Tribunal Electoral sustente una tesis sobre la inconstitucionalidad de un acto o resolución, o sobre la interpretación de un precepto de la propia Constitución, y dicha tesis pueda ser contradictoria con una sostenida por las Salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, cualquiera de los ministros, de las Salas o incluso las partes, podrán denunciar la contradicción para que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, en un plazo no mayor a diez días, decida en definitiva cuál es la tesis que debe prevalecer.

La resolución que dicte el Pleno de la Suprema Corte de Justicia en los casos de contradicción de tesis del Tribunal Electoral, tampoco afecta las situaciones jurídicas concretas derivadas de los asuntos en los cuales se hubiesen emitido las sentencias que sustentaron las tesis contradictorias.

### **1.6.3 La jurisprudencia internacional**

De todas las fuentes del derecho internacional en la Constitución mexicana solamente se reconocen explícitamente los tratados. Ello genera la falsa creencia de que el resto de las fuentes del derecho internacional carecen de fundamento legal dentro del sistema jurídico mexicano<sup>83</sup>. Una de esas fuentes, según se desprende del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, son las decisiones judiciales, o la “jurisprudencia” como así la ha denominado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup>Corzo Aceves, Víctor Emilio y Corzo Aceves, Eduardo, *La aplicación del Derecho Internacional en México: una visión crítica*, México, INACIPE, 2012, p. 35.

<sup>84</sup> Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 65, 67, 93, 110, 116, 139, 180, 274, 339, 340, 346, 347-a, 360, 371 y 374.

Podemos clasificar las decisiones judiciales internacionales en autoaplicativas y heteroaplicativas. Respecto a las primeras se hace referencia a las decisiones que pueden ser directamente ejecutables dentro del sistema nacional del Estado. Por el contrario, las decisiones judiciales heteroaplicativas requieren de un acto posterior del Estado para que puedan ser ejecutadas o reconocidas, como la implementación de una legislación secundaria o una decisión judicial que la homologue<sup>85</sup>.

Un ejemplo es el caso de Costa Rica en donde, por imperativo del artículo 27 del Convenio de Sede entre el gobierno de ese país y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, suscrito en San José de Costa Rica el 10 de septiembre de 1981, se ordenó la autoaplicabilidad directa de las decisiones de dicho tribunal internacional en sede interna, señalando que:

Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los Tribunales costarricenses.

Otro ejemplo es Colombia, en donde en julio de 1996, se publicó la Ley 288 que establece instrumentos para la indemnización por concepto de perjuicios a las víctimas de violaciones a derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales. La mayor virtud de dicha ley es que creó trámites conciliatorios o incidentes de liquidación para tales casos<sup>86</sup>.

En México, no se cuenta con una legislación específica que regule la ejecución de sentencias de los organismos internacionales, incluso, por muchos años hubo incertidumbre respecto a su aplicabilidad en sede interna, ya que si bien muchos de los tratados internacionales como la Convención Americana estipulan que los Estados se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en

---

<sup>85</sup>Corzo Aceves, Víctor Emilio y Corzo Aceves, Eduardo, *Ibidem*, p. 37.

<sup>86</sup>Rodríguez Rescia, Víctor M., "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Méndez, Juan y Cox, Francisco (editores) *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p.468.

todo caso en que sean partes<sup>87</sup>, se ha dejado a la libre determinación de los Estados establecer el mecanismo procesal para ello.

Ante la omisión legislativa para regular el procedimiento de ejecución de sentencias internacionales, ha sido nuestro máximo tribunal constitucional el que se ha pronunciado al respecto, analizando la aplicabilidad de las sentencias de los organismos internacionales –en este caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- en dos niveles: para el Estado que participó en el litigio internacional y para los demás Estados que han aceptado la competencia contenciosa del tribunal.

Respecto al primer nivel, el 14 de julio de 2011 en un pronunciamiento atípico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en lo que comenzó siendo un procedimiento de consulta para después ser denominado expediente varios 912/2010, en relación con el cumplimiento de la sentencia emitida el 23 de noviembre de 2009 por la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco vs. México, por unanimidad de votos el Pleno determinó que las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano fue parte del litigio.

Dicha resolución establece que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana, siendo lo único procedente acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella.

---

<sup>87</sup> Artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dice: (...)1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes (...).

No existe duda entonces de que la sentencia que se dicte por un organismo internacional, como la Corte Interamericana, es vinculante para el Estado que participó en el procedimiento del cual derivan. Así lo señala Saavedra Alessandri, al decir que ninguna disposición o instituto de derecho interno podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos<sup>88</sup>, puesto que poseen el carácter de “cosa juzgada”.

En relación con el segundo nivel, las sentencias en los casos en que el Estado no haya fungido como parte en el litigio, la propia Corte Interamericana en el caso *Gelman vs. Uruguay* ha reconocido una diferencia entre ambas sentencias, ya que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo de si el Estado fue parte material o no en el procedimiento internacional<sup>89</sup>. La Corte hace una distinción entre la “cosa juzgada” y la “cosa interpretada”, siendo la primera a la que ya nos hemos referido y cuyos efectos se limitan al caso concreto, mientras que la “cosa interpretada” constituye el razonamiento judicial, su jurisprudencia.

En una primera reflexión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la citada resolución del caso *Radilla*, por mayoría de seis votos, determinó que los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando el Estado mexicano no haya sido parte, serían únicamente *orientadores* para los jueces mexicanos.

Poco tardó nuestro máximo tribunal constitucional en redefinir su criterio sobre el tema, determinado al resolver la contradicción de tesis 293/2011 en sus sesiones de finales de agosto y principios de septiembre de 2013, que las sentencias en los casos en que el Estado mexicano no haya sido parte del litigio ante la Corte Interamericana, son *vinculantes* para los jueces mexicanos al constituir “una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

---

<sup>88</sup>Saavedra Alessandri, Pablo, “La respuesta de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad y sus consecuencias” en García Ramírez, Sergio (coord.), *Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 462.

<sup>89</sup>Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párr. 67.

Este criterio sobre la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte resulta sumamente elogiable a la luz de la reforma al artículo 1° Constitucional y de las obligaciones contraídas internacionalmente, puesto que de haberle restado ese carácter, generaba que algunos juzgadores, lejos de ver las herramientas que estos criterios les podían otorgar para el buen desempeño de su labor, ante la excesiva carga de trabajo, le restaran importancia a su conocimiento y estudio bajo la falsa creencia de que no habría un beneficio en ello al momento de pronunciarlo.

El quehacer jurisprudencial interamericano tiene un doble carácter, a saber: *tutelar y preventivo*. La función tutelar de una sentencia se cumple por el hecho de que ésta pretende revolver un caso específico con base en la determinación de medidas de reparación a cargo del Estado condenado, las cuales buscarán desaparecer los efectos de una violación a derechos humanos. Por otra parte, la función preventiva que se desprende de los precedentes contenidos en las sentencias, además de resolver un asunto específico, pretenden *sentar un estándar mínimo* que resulte aplicable para casos futuros respecto de otros Estados formalmente ajenos a la controversia que dio lugar a la emisión de la sentencia.

A nuestro parecer, la “cosa interpretada” -la jurisprudencia de la Corte Interamericana-, al igual que como ocurre en la doctrina del precedente judicial obligatorio, debe aplicarse a todos los casos análogos en aplicación del principio de igualdad<sup>90</sup>. Esta es la razón por la cual que notifican las sentencias a todos los Estados parte de la Convención Americana<sup>91</sup> y por lo que, al ordenar el ejercicio de control de convencionalidad, exige que se tomen en cuenta tanto la Convención Americana como los precedentes y lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana<sup>92</sup>.

Incluso, en la contradicción de tesis 293/2011 la Corte había ya reconocido la posibilidad de inaplicación de jurisprudencia nacional en virtud del principio pro

---

<sup>90</sup>Soberanes Díez, *op.cit.*, p. 172.

<sup>91</sup>Artículo 69 de la Convención Americana que dice: “El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención.”

<sup>92</sup>Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párr. 69.

persona, criterio que como veremos, al resolver la 299/2013 fue modificado. Al respecto, la Corte dijo (se añade énfasis):

... no debe entenderse el carácter vinculante de los criterios interamericanos en un sentido fuerte, es decir, como un lineamiento que constriña a los jueces internos a resolver aplicando indefectiblemente el estándar sentado por la Corte Interamericana, pasando por alto, incluso, los precedentes del Poder Judicial de la Federación. Por el contrario, esta obligatoriedad debe entenderse como una vinculación a los operadores jurídicos internos a observar en sus resoluciones un estándar mínimo, que bien podría ser el interamericano o el nacional, dependiendo cuál sea el más favorable a las personas. En todo caso, **lo importante será que la inaplicación de un criterio jurisprudencial, nacional o interamericano, se justifique atendiendo a la aplicación de otro que resulte más favorecedor a la persona**".

Es importante mencionar que la Suprema Corte aún no se ha pronunciado respecto a la aplicación de otras decisiones internacionales como las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Internacional de Justicia, el Comité de Derechos Humanos de la ONU entre otros, y tampoco respecto al carácter de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, informes u otras observaciones emitidas por los organismos internacionales en la materia.

Consideramos que todas estas resoluciones, siempre que provengan de un órgano de carácter jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional autorizado para ello y que la naturaleza del documento sea interpretar la norma de derechos humanos, deben gozar del mismo carácter *vinculante* que las resoluciones de la Corte Interamericana en ejercicio de su función contenciosa, atendiendo a que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales<sup>93</sup>, y que dichos órganos son los que dan contenido y alcance a los derechos.

---

<sup>93</sup>Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 10.

Tratándose en específico de las opiniones consultivas de la Corte, se ha dicho que carecen de fuerza obligatoria<sup>94</sup>, aunque puedan ser utilizados como argumentos de autoridad<sup>95</sup>, citándose incluso a la propia Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 1/82 en la que dijo que “no tienen el mismo efecto vinculante que tienen las sentencias dictadas en los casos contenciosos”<sup>96</sup>. Ello no quiere decir que las opiniones consultivas carezcan de efecto vinculante, sino que no tienen *el mismo* efecto vinculante, lo que equivale a decir que sí tienen efecto vinculante.

En ese sentido, si partimos de una interpretación de buena fe, de acuerdo con el objeto y el fin de los tratados en materia de derechos humanos, debemos afirmar el carácter vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, informes de los Comités de Derechos Humanos, entre otros, constituyen una imprescindible pauta de interpretación y si se les restase valor a aquéllas, no se estaría coadyuvando a la búsqueda de la perfección del sistema de protección internacional<sup>97</sup>.

El respeto a dichas directrices interpretativas y a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su función contenciosa, así como las dictadas por otros tribunales y órganos internacionales, constituye una manifestación de la voluntad al cumplimiento de los compromisos internacionales y el respeto a la dignidad humana a la luz de la reforma al artículo 1° constitucional, que entraña la necesidad de conocer los criterios armonizadores y evolutivos que dotan de contenido a los artículos de los instrumentos que deben ser aplicados por cualquier autoridad del Estado mexicano.

---

<sup>94</sup>Gómez-Robledo, Alonzo, *Derechos humanos en el sistema interamericano*, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 45.

<sup>95</sup>Rábago Dorbecker, Miguel, “El avance de los derechos humanos en las opiniones consultivas de la corte interamericana de derechos humanos”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 251.

<sup>96</sup>Corte IDH, “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr.51.

<sup>97</sup>Albanese, Susana, y Bidart Campos, José, *Derecho internacional, derechos humanos y derecho comunitario*, Buenos Aires, Ediar, 1998, pp. 148 y 154.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **Control de convencionalidad**

#### **2.1. Introducción**

Terminada la II Guerra Mundial, la comunidad internacional comprendió el riesgo que implica, para la subsistencia de la especie humana, que atrocidades como las ocurridas pudiesen repetirse. Visualizaron la necesidad de conformar sistemas de protección de los derechos humanos que tuvieran como finalidad crear estándares comunes para todas las naciones para poner un límite a los abusos del poder y garantizaran el respeto a la dignidad humana de toda persona, sin importar el territorio en el que resida. Así nació la Declaración Universal de los Derechos Humanos –aunque fue primero por meses aprobada la Declaración Americana de Derechos Humanos–, lo que desencadenó el surgimiento de múltiples convenios, tratados y organismos cuasi jurisdiccionales y jurisdiccionales encargados de interpretarlos y darles vida y actualidad.

La doctrina del control de convencionalidad reafirma las pretensiones de las naciones reunidas en París en 1948, como veremos a continuación, busca, como señala el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, conformar una “concepción común” de los derechos y libertades como mecanismo necesario que garantice el cumplimiento al compromiso de los Estados de respetar y dar efectividad a tales derechos del hombre.

En este apartado analizaremos esta importante doctrina creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sus presupuestos, alcances y técnicas de ejercicio, así como la recepción por parte del Estado mexicano, mediante la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, y las resoluciones la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el tema.

#### **2.2 Doctrina de la Corte Interamericana**

El control de convencionalidad implica la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica,

derribar una serie de mitos y, en definitiva un nuevo paradigma sobre el derecho público en los países del sistema interamericano<sup>98</sup>.

Comenzaremos por distinguirlos dos niveles del control de convencionalidad que existen: el primero, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde sus orígenes, al reputar de inválidas normas del derecho local opuestas a la Convención Americana, el llamado “control de convencionalidad en sede internacional”<sup>99</sup>; y, el segundo, que tiene relación con la obligación de órganos locales de realizar dicho contraste o “control de convencionalidad interno”.

En el caso “Myrna Mack Chang” (2003) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el entonces juez Sergio García Ramírez, (en un voto razonado) utiliza por primera vez, la expresión “control de convencionalidad” pero centralizando dicha locución en el ámbito del despliegue funcional de la Corte como tribunal constitucional (o convencional) supranacional, es decir, el primer nivel de control. Igualmente en el caso “Tibi” (2004), en un voto concurrente explicó que el tribunal interamericano ejerce este control al analizar los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa.

El segundo nivel de la doctrina del control de convencionalidad se consolida plenariamente en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” del 26 de septiembre de 2006. Conviene transcribir literalmente, el texto de la resolución, tal como surge del considerando 124:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder

---

<sup>98</sup>Jinesta L., Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana y los jueces nacionales*, México, FUNDA, 2012, p. 3.

<sup>99</sup>Sagües, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, No. 1, 2010, p. 120.

Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En esta primera sentencia la Corte habla de “una especie de control de convencionalidad”, posteriormente completaría los rasgos especiales de esta doctrina principalmente en los casos “Trabajadores Cesados del Congreso”, “Cabrera García y Montiel Flores” y “Gelman”.

En el caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” (2006) la Corte ya no habla de una “especie de control de convencionalidad” sino que puntualiza que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad. La Corte añade la obligación de realizar el control ex officio, poniendo énfasis en la búsqueda del efecto útil de los tratados sobre derechos humanos y en el necesario resguardo del objeto y fin de los mismos.

En “Cabrera García y Montiel Flores vs. México” (2010), la Corte amplía la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el derecho interno, precisando que no solo los jueces, sino todos los órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, están en la obligación de ejercer ex officio el control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

La Corte expande aún más las fronteras de operatividad del control de convencionalidad en el caso “Gelman vs. Uruguay” (2011) sosteniendo que particularmente en casos de grandes violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe premiar un control de

convencionalidad, siendo ésta una función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.

Víctor Bazán propone la siguiente categorización para ilustrar la secuencia creciente de destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad<sup>100</sup>:

- i. Poder Judicial (Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile);
- ii. Órganos del Poder Judicial (Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú);
- iii. Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (Cabrera García y Montiel Flores vs. México);
- iv. Cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial (Caso Gelman vs. Uruguay).

Como vemos, el control de convencionalidad es una creación jurisprudencial producto de un activismo tribunalicio. La Corte ha fundado sus resoluciones básicamente en los artículos 1.1, 2o. y 29 de la Convención Americana, y en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De los artículos 1.1 y 2o. del Pacto de San José se desprende la obligación de desarrollar prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, por lo que es necesario que la interpretación de las leyes domésticas se encuentre ajustada a cumplir con la obligación de respeto y garantía. Del artículo 29 de la Convención se desprende la obligación de las autoridades de proteger de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos establecidos en el Pacto de San José o en otros instrumentos nacionales o internacionales. Finalmente, de manera subsidiaria, los principios de buena fe, efecto útil, *pacta sunt servanda* y la prohibición de invocar el derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado, de conformidad con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, complementan

---

<sup>100</sup>Bazán, Víctor, *op.cit.*, p. 73.

el deber de las autoridades estatales de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado conforme a la Convención Americana<sup>101</sup>.

El juez de la Corte Eduardo Ferrer Mac-Gregor agrega el artículo 25 del Pacto de San José, en tanto que dicho precepto se refiere al derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante jueces o tribunales competentes que “ampare” contra actos que violen derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, las leyes o la propia Convención Americana; de esta forma, este precepto conforma un elemento integrador de los derechos, estableciendo un derecho a la garantía de los derechos fundamentales de fuente nacional y convencional<sup>102</sup>.

Pedro Sagües identifica dos efectos del control de convencionalidad. El primero represivo, o destructivo, ya que cuando la norma doméstica es opuesta al pacto o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el resultado es siempre no aplicar dicha norma al caso bajo examen, se descarta o resulta inválida para el mismo. El segundo surge del caso Rosendo Radilla en el cual la Corte dibuja otra función del control de convencionalidad, con un efecto positivo o constructivo. En esta etapa los jueces deben aplicar y hacer funcionar el derecho local de acuerdo con la Convención y la jurisprudencia de la Corte. Esto justifica lecturas adaptativas del derecho nacional de tipo armonizante, en consonancia, esto es, “conforme” al Pacto y tal jurisprudencia<sup>103</sup>.

En ese tenor, la tipología de las sentencias que los tribunales pueden dictar en el ejercicio del control de convencionalidad, en términos generales, son las siguientes:

- a) Sentencias interpretativas conformes con el parámetro de convencionalidad: se trata de un esfuerzo de armonización de los jueces constitucionales para salvar la validez convencional;

---

<sup>101</sup>Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Control de convencionalidad (sede interna)”, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, PJF-UNAM, Tomo I, 2013, p. 234.

<sup>102</sup>*Idem*.

<sup>103</sup>Sagües, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo” en Bogandy, Armin von et al., *Construcción y papel de los derechos fundamentales. Hacia un ius Constitutionale Commune*, UNAM, Instituto de la Judicatura Federal, Serie Doctrina Jurídicas, No. 165, México, 2011, pp. 424 y 425.

- b) Sentencias declarativas de inconventionalidad: cuando la norma o disposición sea absoluta y directamente incompatible o disconforme con el parámetro de convencionalidad, al juez no le queda otra opción más que anularla y expulsarla del ordenamiento jurídico;
- c) Sentencias desestimatorias de inconventionalidad: cuando los jueces estimen que la norma o disposición local se adecua al parámetro de convencionalidad.

Respecto a sus fines, Ferrer Mac-Gregor<sup>104</sup> determina tres objetivos principales perseguidos por la doctrina del control de convencionalidad: (1) *Prevenir* la aplicación de normas nacionales que manifiestamente sean incompatibles con la Convención Americana y que resultan nulas de origen; (2) Servir como una *herramienta* que permita a todas las autoridades del Estado cumplir adecuadamente con su obligación de respeto y garantía de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana y otros tratados, y con el cumplimiento de sentencias dictadas en contra del Estado al que la autoridad pertenece; y (3) Servir como un medio para permitir y acrecentar el *diálogo*, especialmente un diálogo jurisprudencial en materia de derechos humanos, entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana que permita efectivizar los derechos fundamentales, constituyendo un elemento esencial en la formación e integración de un *ius constitutionale commune* en beneficio de la protección de la dignidad de todas las personas de la región.

Esta doctrina ha sido reafirmada por la Corte en un gran número de casos y se ha vuelto ya uno de los mecanismos más efectivos en el cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a nivel nacional. No obstante, las variables de su ejercicio dependerán en gran medida en la voluntad de cumplimiento de los operadores nacionales judiciales, es por ello necesario analizar la recepción por parte del Estado mexicano.

---

<sup>104</sup>Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Control de convencionalidad...", *op.cit.*, p. 234.

### **2.3 La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011**

El 10 de julio de 2011 se publicó la más importante reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos.

Se modificó el Título Primero de la Constitución y sustituyó el concepto de “Garantías Individuales” a “Derechos Humanos y sus garantías”, lo cual, más que una mera distinción semántica, un cambio de un concepto a otro, dio un giro fundamental a la concepción de los derechos, de ser meras prerrogativas “otorgadas” por el Estado a derechos “reconocidos” y por lo tanto exigibles.

El primer párrafo del artículo 1° constitucional, tras la reforma, configura, por primera vez, una cláusula abierta de reconocimiento de los derechos humanos, adquiriendo rango constitucional los derechos previstos en los tratados internacionales en que nuestro país sea parte. Esto fortalece el estatus de los derechos humanos como límites no negociables frente a la actuación del Estado, un verdadero “bloque de constitucionalidad”<sup>105</sup>. Se transcribe el mencionado párrafo:

Art. 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.

Por su parte, el párrafo segundo del mencionado artículo, incorpora la cláusula de interpretación conforme y evidencia el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos mediante la expresión del principio pro persona como rector de la interpretación y aplicación de los derechos humanos:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la

---

<sup>105</sup>La expresión “bloque de constitucionalidad” es utilizada por primera vez por Louis Favoreau al comentar un fallo del Consejo Constitucional de Francia en la década de los sesenta del siglo pasado, donde, en principio, incluía a la propia Constitución de 1958, el preámbulo constitucional y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Este segundo párrafo prevé el mandato interpretativo en materia de derechos humanos del cual se desprenden las siguientes características y consecuencias anticipadas por Ferrer Mac-Gregor<sup>106</sup>:

- Los destinatarios de la cláusula de interpretación conforme son todos los intérpretes de las normas en materia de derechos humanos.
- Resulta obligatoria en todo caso que involucre normas de derechos humanos, lo que implica que es un mandato constitucional “no disponible”.
- La expresión “tratados internacionales” comprende la concepción amplia del término que le otorga el artículo 2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).
- La expresión “tratados internacionales” debe comprender también la interpretación que establezcan los órganos que el propio tratado autoriza para su interpretación.
- La cláusula de interpretación conforme contiene un “principio de armonización” entre la Constitución y el tratado internacional. Lo anterior significa que el intérprete debe procurar una interpretación que permita “armonizar” la “norma nacional y la internacional”.
- Incorpora el principio pro persona. Esto implica favorecer “en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, lo que significa interpretación más estricta cuando se trate de restricción o limitaciones a derechos y libertades.
- Debe complementarse, necesariamente, con lo previsto en el párrafo tercero del propio artículo 1º constitucional, de tal manera que la interpretación que se realice debe ser “de conformidad con los principio de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.

---

<sup>106</sup>Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 363-368.

Ferrer indica que la cláusula interpretativa prevista en el párrafo segundo del artículo 1° constitucional, guarda una estrecha relación con el control difuso de convencionalidad ya que al ejercerlo, todo juez mexicano debe, previamente, realizar una interpretación conforme en términos del mandato constitucional para poder realizar un “control” sobre aquella interpretación incompatible con los parámetros constitucionales/convencionales.

En efecto, la reforma constitucional al artículo 1° es la antesala para el acogimiento la doctrina del control de convencionalidad por la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien usa, como uno de sus argumentos torales, el nuevo contenido normativo de la Constitución para aceptar la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la obligación de los jueces de hacer ex officio el examen de compatibilidad de los actos u omisiones de autoridad con los parámetros internacionales de derechos humanos.

#### **2.4 Recepción de la Suprema Corte de Justicia**

En noviembre de 2009 la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado mexicano por diversas violaciones a los derechos humanos en el caso del señor Rosendo Radilla Pacheco. En la sentencia, el tribunal interamericano se refirió al control de convencionalidad en su párrafo 339 diciendo:

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.

Con motivo de esta sentencia el entonces Ministro Presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, presentó una consulta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar cuáles eran las obligaciones para el Poder Judicial de la Federación derivadas de la mencionada sentencia Radilla formándose el expediente Varios 489/2010. El 26 de mayo de 2010 el Pleno de la Corte resolvió que debía determinarse cuál deberá ser la participación del Poder Judicial Federal en el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana, para lo cual se abrió el expediente Varios 912/2010.

En la sesión de 5 de julio de 2011, al resolverse el asunto, por mayoría de 8 votos el Pleno de la Corte estableció que frente a las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se pueden revisar las excepciones y salvedades o interpretaciones hechas por el Estado mexicano. También se determinó, por unanimidad de votos, con las salvedades de los Ministros Aguirre Anguiano, Aguilar Morales, Franco González Salas y Ministra Luna Ramos, que las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana son obligatorias para el Poder Judicial en sus términos. Por mayoría de 6 votos, se dijo que los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuando México no sea parte de los litigios en los que se generó dicha jurisprudencia, son orientadores para el Poder Judicial de la Federación.

En la sesión del 7 de julio siguiente, se decidió por mayoría de 7 votos, que de conformidad con el párrafo 339 de la sentencia dictada en el caso Radilla Pacheco, el Poder Judicial de la Federación debe ejercer el control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Además, el Tribunal Pleno resolvió, por mayoría de 7 votos, que la obligación de realizar el control de convencionalidad es para todos los jueces del Estado mexicano.

Al no contarse con la votación necesaria para conformar jurisprudencia, se emitieron las siguientes tesis aisladas en relación con el control de

convencionalidad, con los siguientes rubros: (1) “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”; (2) “CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”; (3) “PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”; (4) “PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”; (5) “SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO” y, (6) “SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO”.

Derivado de esta sentencia se afirma que el grado de intensidad del ejercicio de control de convencionalidad en México es mixto, ya que los tribunales del Poder Judicial de la Federación ejercen un control concentrado de constitucionalidad y, por lo tanto, de convencionalidad mediante las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, amparo directo e indirecto, mientras que el resto de los tribunales de país, si bien no pueden hacer una declaración general de inconstitucionalidad de una norma si pueden inaplicarla, y el resto de las autoridades del Estado mexicano pueden realizar “interpretación más favorable”. Esto se resume en el cuadro siguiente inserto en la resolución en comentario:

<b>Tipo de control</b>	<b>Órgano y medios de control</b>	<b>Fundamento constitucional</b>	<b>Posible Resultado</b>	<b>Forma</b>
<b><u>Concentrado</u></b>	Poder Judicial de la Federación (tribunales de amparo): a) Controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. b) Amparo Indirecto c) Amparo Directo	105, frac. I y II  103, 107, frac. VII 103,107, frac. IX	Declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o interpartes No hay declaratoria de inconstitucionalidad	Directa
<b><u>Control por determinación constitucional específica</u></b>	a) Tribunal Electoral en Juicio de revisión constitucional electoral de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades electorales locales en organización y calificación de comicios o controversias en los mismos b) Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación	41, frac. VI, 99, párr. 6o.  99, párr. 6o.	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación	Directa e incidental
<b><u>Difuso</u></b>	a) Resto de los tribunales i. Federales: Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de proceso federal y Tribunales Administrativos ii. Locales: Judiciales, administrativos y electorales	1°, 133, 104 y derechos humanos en tratados 1°, 133, 116 y derechos humanos en tratados	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación	Incidental*
<b><u>Interpretación más favorable</u></b>	Todas las autoridades del Estado mexicano	1° y derechos humanos en tratados	Solamente interpretación aplicando la norma más favorable a las personas sin inaplicación o declaración de inconstitucionalidad	Fundamentación y motivación.

Esta resolución ha tenido un alto impacto nacional e internacional, incluso, en 2013 la Suprema Corte recibió el Premio de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por su contribución en la promoción y protección de los derechos humanos, en gran medida por la resolución de este asunto, siendo el primer tribunal nacional o internacional en recibir este galardón. Igualmente, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) registró en su programa de la memoria del mundo, los expedientes

judiciales del caso Radilla, con lo cual forman parte ahora del patrimonio documental de la humanidad.

En cuanto al impacto nacional, el tema del control de convencionalidad ha desencadenado fuertes movimientos y debates internos en orden de encauzar la búsqueda de los medios adecuados e idóneos para dar cumplimiento al aludido pronunciamiento internacional<sup>107</sup>. Se han emitido múltiples tesis aisladas y jurisprudenciales sobre los diferentes temas que abarcan el ejercicio del control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano con el fin de dar alcance a las obligaciones impuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Uno de los temas relacionados directamente con el control de convencionalidad analizados recientemente por la Suprema Corte, tiene relación con los efectos de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos en que el Estado mexicano no ha sido parte. Si bien, como ya se ha mencionado, en el expediente Varios 912/2010 el Tribunal en Pleno determinó que dichas resoluciones no son vinculatorias para el Estado mexicano, en 2013, en una nueva reflexión al resolver la Contradicción de Tesis 293/2011 determinó que los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado<sup>108</sup>.

Más allá de la distinción hecha por la Suprema Corte entre la obligatoriedad de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación y la vinculatoriedad de los criterios de la Corte Interamericana, lo cual analizaremos en el siguiente capítulo, esta nueva interpretación de la Corte representa un significativo avance en la jurisprudencia mexicana que fortalece la interceptación progresista de derechos humanos en nuestro país, pues implica que los jueces nacionales deben observar

---

<sup>107</sup>Bazán, Víctor, *op.cit.*, p. 85.

<sup>108</sup>JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Localización: [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 5, Abril de 2014, Tomo I; Pág. 204. P./J. 21/2014 (10a.).

los criterios emitidos por la Corte Interamericana, órgano último encargado de la interpretación de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana. Ya decía magistrado Salvador Mondragón Pérez<sup>109</sup> que no tendría ningún sentido que la Corte Interamericana en la sentencia Radilla, ordenara al Estado mexicano implementar programas o cursos permanentes, relativos al análisis de la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos, sino fuera porque debiera ésta ser vinculante.

No obstante este importante cambio en la jurisprudencia mexicana, la materia de fondo de la Contradicción 293/2011, tuvo por objeto determinar la posibilidad de inaplicación de normas constitucionales en el ejercicio del control de convencionalidad. La Corte determinó que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, deberá estarse siempre a lo que indica la norma constitucional, en otras palabras, no es posible realizar control de convencionalidad de las restricciones constitucionales. La tesis emitida es la siguiente:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la

---

<sup>109</sup>Mondragón Reyes, Salvador. "La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, No. 29, junio de 2010, p. 148.

configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

Se comparte el criterio sostenido por el ministro Cossío al resolverse esta contradicción, en el sentido de que lo resuelto por la Suprema Corte impone claros límites a la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad aceptada en el caso Radilla e implica un retroceso del Estado mexicano en la incorporación de esta doctrina, ya que si bien la Corte no estableció en el expediente Varios 912/2010 la jerarquía de los tratados en materia de derechos humanos frente a la Constitución, sí hizo una interpretación dinámica de la Constitución considerando necesario que a los tratados en materia de derechos humanos les sean aplicables reglas distintas a la de los demás tratados, y establecer el control de convencionalidad de “todas las normas internas”, lo cual podía interpretarse en el sentido de que se incluía a nuestra Constitución, y más aún, que se haría conforme a los parámetros establecidos por el creador de esta doctrina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En efecto, ha sido la Corte Interamericana a partir del multicitado caso “Almonacid Arellano” quien forjó la doctrina del control de convencionalidad, la cual exige a todos los agentes del Estado hacer ex officio un ejercicio de contraste de la norma interna con los derechos humanos de fuente internacional a la luz del principio pro persona. La Constitución no escapa de este parámetro de convencionalidad que exige la Corte, inclusive en el emblemático caso “La Última Tentación de Cristo”, se le ordenó a Chile modificar su propia Constitución.

Existe una incongruencia interna en lo resuelto por la Suprema Corte, que por una parte estableció en el expediente Varios 912/2010 que las resoluciones de la Corte Interamericana no pueden ser sujetas a revisión y, por otro lado, pretende

modificar el parámetro establecido en el caso Radilla (no revisable) que permite la convencionalidad de normas constitucionales.

Ya decía el Dr. Sagües que si una norma constitucional –en este caso una interpretación de la misma-intenta impedir el control de convencionalidad, esa regla concluirá necesariamente “inconvenional”, por oponerse, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>110</sup>.

Una interpretación que abriera las puertas al control de convencionalidad de normas constitucionales debió haber considerado irrelevante determinar si el artículo 1° constitucional al decir “los casos que esta Constitución establece”, se refiere a los contenidos al artículo 29 o al cúmulo general de restricciones constitucionales, pues en todos los casos en los que la constitución restrinja o suspenda derechos deberá ajustarse a esas “condiciones” que establece la Constitución, es decir, al principio de interpretación hermenéutica pro persona.

Esto permitiría a los intérpretes constitucionales-todos los juzgador es por el carácter difuso del control de convencionalidad en nuestro país-, hacer los ejercicios de ponderación necesarios para determinar cuándo una restricción es legítima. Sin embargo, ante lo resuelto, los juzgadores no podrán hacer este ejercicio de ponderación a la luz del principio pro persona y de los parámetros internacionales, y deberán, siempre y de forma automática, aplicar la norma constitucional, lo cual para efectos prácticos significa autorizar con carácter general la aplicación de todas las restricciones que permite nuestra Constitución.

Lo resuelto por la Suprema Corte tiene especial relevancia con el tema en estudio, habrá que determinar si la jurisprudencia obligatoria del Poder Judicial de la Federación sobre una restricción expresa de la Constitución, debe ser distinguida del resto de los criterios obligatorios que ha de observar un juez para efectos del ejercicio de control de convencionalidad.

Ahora bien, otro tema de los temas o matices del control de convencionalidad que ha abordado la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el referido a la posibilidad de ejercer control de convencionalidad de la jurisprudencia, la cual en cuanto a su deber de aplicación –como hemos visto- es equiparable a la norma

---

<sup>110</sup>Sagües, Néstor Pedro, “Obligaciones...” *op.cit.*, p. 279.

jurídica. En el siguiente capítulo analizaremos a detalle las implicaciones de extender las pautas interpretativas contenidas en el artículo 1° constitucional a la aplicación de un precedente obligatorio.

## CAPÍTULO TERCERO

### Jurisprudencia y control de convencionalidad

#### 3.1 Introducción

Uno de los temas más controversiales del ejercicio del control de convencionalidad en sede interna tiene relación con su posible aplicación en la interpretación de la jurisprudencia obligatoria de un Estado, es decir, “la interpretación autorizada” de la norma.

En este capítulo analizaremos a detalle el elemento de la obligatoriedad de la jurisprudencia, y cómo éste entra en colisión –al igual que la norma jurídica-, con el mandato constitucional que tienen todos los jueces nacionales de aplicar la norma jurídica o interpretación de ella más favorable a la persona en cada caso en concreto, en otras palabras, el principio pro persona.

Veremos cómo dentro del orden jurídico mexicano y, en especial, tras la resolución de la contradicción de tesis 299/2013, no existe mecanismo jurídico alguno al alcance de las partes ni del propio juzgador para distanciarse de un criterio obligatorio emitido por su superior jerárquico, y cómo ello vulnera el derecho a un recurso adecuado y efectivo, además, limita drásticamente la práctica de control de la convencionalidad en nuestro país, fijándose una regla inquebrantable: la mejor forma para resolver un caso, “la decisión correcta”, es siempre de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Finalmente, examinaremos las posibles implicaciones de considerar a la jurisprudencia obligatoria como objeto de examen de control convencional y constitucional, el principio de igualdad jurídica y el paso hacia la conformación de un *ius constitutionale commune*. Al término de este estudio, podremos resolver la hipótesis planteada al inicio de la investigación en cuanto a si la doctrina del control de convencionalidad obliga a los jueces nacionales a confrontar ex officio la jurisprudencia obligatoria del Poder Judicial de la Federación con los parámetros internacionales en materia de derechos humanos y, de ser así, cuál es el alcance del principio pro persona.

### 3.2 Distanciamiento de la jurisprudencia

El respeto y deferencia hacia el superior jerárquico, aunado al riesgo de una posible sanción administrativa, han provocado que tanto en los países de la familia romano-germánica como del *common law*, sea inusual e incluso extraordinario que los jueces se aparten de la interpretación “autorizada” de la ley.

En el sistema del *common law* inglés, la sumisión al precedente es muy fuerte, las decisiones de la *House of Lords* (tribunal de última instancia), son obligatorias para todos los órganos jurisdiccionales, e incluso, hasta 1966 con el *Practice Statement* eran obligatorias para la propia *House of Lords*. Ejemplo de ello es el caso *Broome v. Casell* (1971), en el que la *Court of Appeal* no siguió la decisión del caso *Rookes v. Barnard* de la *House of Lords* y, al llegar el caso en apelación a ésta, la revocó con un reproche absoluto del Lord Denning<sup>111</sup> quien dijo:

...estoy llegando a la conclusión de que cuando la Court of Appeal describió la decisión en *Rookes v. Barnard* como decidida *per incuriam* o ‘impracticable’ realmente sólo quería decir que no estaba de acuerdo con ella. Pero, desde mi punto de vista, incluso si esto no fuera así, no está permitido a la Court of Appeal dar consejos gratuitos a los jueces de primera instancia de ignorar decisiones de la House of Lords de esta manera... El hecho es, y espero que no sea necesario decirlo otra vez, que el sistema jerárquico de tribunales que existe en este país, es necesario, para cada escalafón inferior, incluyendo la Court of Appeal, aceptar fielmente las decisiones de los escalones superiores.

En similitud al sistema jurisprudencial mexicano, la obligatoriedad en el derecho inglés se plantea de forma jerárquica: Las decisiones de la *House of Lords* son obligatorias para la *Court of Appeal*, la *High Court*, *County Courts*, *Magistrates Court* y *Crown Court*. Las determinaciones de la *Court of Appeal* son obligatorias para la *High Court* y para los *County Courts* y, así, sucesivamente.

La única manera en que un juez puede alejarse del precedente de su superior jerárquico es mediante la *técnica de las distinciones* en la que muestre que hay una diferencia importante entre los hechos del caso precedente y los del presente, es decir, que la jurisprudencia “no es aplicable”. Es ampliamente admitido que esta

---

<sup>111</sup>Cassell & Co. Ltd. V. Broome [1972], p. 1054. Citado por Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente... op.cit.*, p.54.

técnica es empleada muchas veces por los tribunales para no aplicar determinados precedentes cuya solución se considera injusta o incorrecta, como señala Zander, a veces el tribunal *distingue lo indistinguible* como la única manera para escapar de las garras de un precedente no deseado que, de otro modo, sería obligatorio<sup>112</sup>. Esto ha ocurrido por ejemplo en casos como *Steel v. Glasgow Iron and Steeled Co.* (1944) y *Grant v. The Australian Knitting Mills* (1936). Resulta significativo lo expresado por Lüke:

...es un secreto abierto que los jueces tienen gran elección en la manera en que aplican el case-law, que están dispuestos a distinguir incluso el precedente más similar si creen seriamente que tiende a un resultado no deseado. Esto ha impulsado a algunos escritores a negar que los precedentes obliguen a los jueces de una manera significativa.

En el derecho estadounidense, si bien genéricamente se comparte el concepto de precedente del derecho inglés, goza de mucha mayor flexibilidad. Para empezar, los tribunales no se consideran obligados por sus propias decisiones. En palabras del juez Lurton del Tribunal Supremo en el caso *Hertz v. Woodman* “la regla del *stare decisis*, aunque tendente a la consistencia y uniformidad de la decisión, no es inflexible. Si debe ser seguida o no es una cuestión totalmente a discreción del tribunal, que es llamado otra vez a considerar una cuestión ya decidida”<sup>113</sup>. Un ejemplo extremo es el caso *Alfertiz v, Borgwardt* (1899) en que el tribunal no sólo se derogó a sí mismo, sino que dijo que su decisión anterior era tan mala que se tendría que saber que sería derogada y que un abogado que confiara en ella al aconsejar a su cliente habría demostrado su incompetencia<sup>114</sup>.

Es pertinente distinguir que en Estados Unidos la organización judicial está formada por un sistema de tribunales estatales y uno federal. De manera simplificada Victoria Iturralde<sup>115</sup> formula la doctrina estadounidense del precedente de la siguiente forma:

---

<sup>112</sup>Zander, Michael, *The Law Making Process*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1989, p. 257.

<sup>113</sup>Pomorski, Stanislaw, *American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Legge*, 2a ed., The Hague Mouton, 1975, p, 57.

<sup>114</sup>Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente... op.cit.*, p.137.

<sup>115</sup>*Idem.*

1. El Tribunal Supremo nunca se ha considerado a sí estrictamente obligado por sus propias decisiones, y los demás tribunales federales y tribunales estatales han seguido esta misma regla en relación a sus propias decisiones;
2. Una decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos es obligatoria en cuestiones federales en todos los demás tribunales (federales y estatales);
3. Una decisión de un tribunal federal, sobre una materia federal, puede tener efecto persuasivo en un tribunal estatal, pero no es obligatorio, y a su vez, una decisión estatal sobre una cuestión federal puede ser persuasiva en materias federales pero no es obligatoria;
4. Las decisiones de los tribunales federales no son obligatorias para otros tribunales federales de igual o inferior rango, a menos que el tribunal posterior deba obediencia al tribunal que aplica la decisión.

Al igual que en el derecho inglés, en Estados Unidos, para apartarse del precedente los jueces utilizan la técnica de las “distinciones” fundamentalmente con dos métodos: la derogación implícita y la predicción de un cambio de criterio por el Tribunal. Respecto al primero, los tribunales inferiores determinan si el tratamiento pasado dado por el Tribunal Supremo es un indicio de que el mismo ha sido implícitamente derogado; mientras que, conforme a la segunda técnica, el tribunal inferior no sigue el precedente al prever que el Tribunal Supremo no lo seguiría.

La posibilidad de derogación explícita en Estados Unidos también es mayor que en el derecho inglés, existe la figura del *overruling* mediante la cual el mismo tribunal que emitió el precedente, o uno de mayor jerarquía, nulifica la decisión previa por cualquiera de las siguientes razones: 1) el cambio de las circunstancias desde que el precedente fue creado, de manera que se ha quedado totalmente obsoleto; 2) la apelación a la cultura moral y social creciente que indica que los valores sustantivos que subyacen al precedente no son ya aceptables; y, 3) que el precedente fue erróneo y mal concebido desde el principio.

Tratándose de los países de origen romano-germánico, mayormente se sigue un sistema de precedentes vinculados al elemento de la reiteración, como en el caso mexicano, no obstante, en países de esta misma tradición jurídica como Colombia se ha adoptado un sistema similar al anglosajón donde se requiere una sola resolución para la conformación de un precedente.

La redacción del artículo 230 de la Constitución colombiana ha provocado que la Corte Constitucional deba interpretar, a mayor profundidad, el carácter de la jurisprudencia dentro de sus fuentes de derecho. Dicho artículo señala: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

La Corte en la sentencia C-131/93, distinguió las decisiones de la Corte Constitucional en control abstracto del resto de decisiones de los jueces, y las de los tribunales del país. Respecto a las primeras dijo que sus fallos, al tener efecto *erga omnes*-obligar para todos los casos futuros y no sólo para el caso concreto-, hacen las veces de “cosa juzgada constitucional” y, por lo tanto, son fuente obligatoria; mientras que la jurisprudencia de los demás jueces y tribunales tienen un carácter de criterio auxiliar. Más adelante, al resolver la sentencia T-292/06, la Corte extendió el valor vinculante del precedente a las sentencias de tutela (acción en protección de derechos fundamentales), con el fin de asegurar la unidad en la interpretación constitucional en el ordenamiento y un trato en condiciones de igualdad frente a la ley, con la *importante precisión* de que los jueces, si bien están obligados a conocer el precedente de tutela y acogerlo, *pueden válidamente separarse de él si encuentran las razones que lo lleven a ello*, cumpliendo con una carga argumentativa encaminada a mostrar que el precedente es contrario a la Constitución, en todo o en parte. La Corte señaló (se añade énfasis):

En todo caso, aunque el respeto al precedente es fundamental en nuestra organización jurídica por las razones expuestas, el acatamiento del mismo, sin embargo, no debe suponer la petrificación del derecho. En este sentido, **el juez puede apartarse de los precedentes horizontales como de los precedentes verticales pero para ello debe fundar rigurosamente su posición y expresar razones contundentes para distanciarse**

**válidamente de los precedentes vinculantes.** Dicha carga argumentativa comprende demostrar que el precedente es contrario a la Constitución, en todo o en parte. Sin embargo, existen otras razones válidas para apartarse del precedente, señaladas por la propia Corte.

Esas “otras razones” son las referidas en la sentencia SU-047/99 donde se expuso –de forma similar al caso americano- la posibilidad de desligarse de los precedentes en las siguientes circunstancias: 1) eventuales equivocaciones jurisprudenciales del pasado que hacen necesaria la corrección de una línea jurisprudencial; 2) una interpretación que habiendo sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos, en su aplicación actual, puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares; y, (3) cambios históricos frente a los que resulta irrazonable adherirse a la hermenéutica tradicional.

Respecto a la responsabilidad del juzgador por ignorar un precedente, en Colombia, salvo los casos de excepción anteriores, si el juez abiertamente desconoce un precedente constitucional, o como nosotros diríamos “inaplica la jurisprudencia”, se considera que la sentencia judicial incurre en un defecto y se abre la “vía de hecho” por medio la cual procede la acción de tutela por defecto sustantivo de la sentencia, además de la configuración del delito de prevaricato previsto en el artículo 413 de la Ley 599 del 2000. Ejemplo de ello es la sentencia del 10 de abril de 2013, en la que la Sala de Casación Penal de la Corte de Suprema de Justicia resolvió en definitiva el juicio de prevaricato 39456 en contra de un juez laborista que dejó de aplicar un precedente obligatorio *sin hacer ninguna alusión* a las razones por la que se apartaba del mismo. La Sala dijo que no se estaba “frente a un funcionario judicial confundido o errado sobre la ley y la jurisprudencia vigentes, sino ante uno decidido a desconocer el tenor literal de la norma y el precedente, como finalmente lo hizo, pues en su obstinada actitud, no obstante que en un caso idéntico su superior jerárquico lo ilustró sobre el trámite que debía adoptar, se mantuvo inmóvil en su terca e injustificada postura, evidentemente alejada del precedente”.

### **3.3 El caso mexicano y la contradicción de tesis 299/2013**

En el Capítulo Primero, se señaló que en México existe una fuerte vinculación de los jueces hacia los criterios obligatorios emitidos por sus superiores jerárquicos a través de los medios establecidos por la Ley para crear jurisprudencia: reiteración, contradicción y sustitución.

Los antecedentes históricos y las duras sanciones previstas para los juzgadores que se apartasen de la jurisprudencia, los procedimientos iniciados ante el Consejo de la Judicatura Federal, así como el sistema jerárquico que impera en nuestra organización judicial, ha generado que la “interpretación autorizada” de la Corte, los tribunales colegiados de circuito y recientemente de los plenos de circuito, sea considerada de *forzosa aplicación* por los jueces inferiores.

Esto no ocurre con la jurisprudencia que el propio tribunal emite, si bien no existe ordenamiento que señale nada respecto a la dimensión horizontal de la obligatoriedad de la jurisprudencia, la Ley de Amparo en el artículo 228 contempla la figura de la “interrupción de la jurisprudencia” que permite que los jueces se pronuncien de forma distinta a la que lo hicieron previamente en un caso similar, con el requisito de expresar en la ejecutoria las razones en que se apoye. Esto ocurre también en materia electoral donde el artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación señala que se interrumpirá y dejará de tener carácter obligatorio la jurisprudencia del Tribunal Electoral, siempre y cuando haya un pronunciamiento en contrario por mayoría de cinco votos de los miembros de la Sala Superior. Es decir, el mismo número que la aprobó.

La interrupción tiene como finalidad evitar la petrificación del derecho de modo que la interpretación que los tribunales hagan de la norma se adecúe a las necesidades que la sociedad actual requiere. Cabe precisarse, sin embargo, que no existen reglas claras respecto a los casos en que un tribunal se encuentra facultado para interrumpir su jurisprudencia, como sí ocurre en los sistemas del *common law* donde se prevén excepciones concretas para que el juez pueda

modificar su criterio como los cambios culturales o que el precedente fuese erróneo desde un principio<sup>116</sup>.

Hemos visto como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en breves lapsos de tiempo, ha interrumpido su jurisprudencia y cambiado radicalmente de opinión en temas trascendentales como el carácter de autoridad de la Comisión Federal de Electricidad para la procedencia del juicio de amparo, o la vinculación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos en donde México no haya sido parte del litigio internacional, ello nos demuestra el escaso auto respeto por el precedente.

En el Sistema Interamericano no es frecuente ver que organismos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se alejen de su línea jurisprudencial, cuando parece ser que así lo han hecho, como en el reciente caso *Brewer Carías vs. Venezuela* del 26 de mayo de 2014, ha sido objeto de críticas, incluso de los propios jueces de la Corte, como lo fue de los jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Manuel Ventura Robles quienes formularon conjuntamente un voto disidente. Se transcribe el riesgo que implica, para estos autores, el distanciamiento de un precedente (se añade énfasis):

119. En consecuencia, el Tribunal Interamericano debió desestimar la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos y entrar a resolver el fondo del caso, conforme a la línea jurisprudencial sobre la materia que ha establecido la propia Corte. El utilizar como uno de los argumentos centrales en la Sentencia la artificiosa teoría de la “etapa temprana” del proceso, para no entrar al análisis de las presuntas violaciones a los derechos humanos protegidos por el Pacto de San José, constituye **un claro retroceso en la jurisprudencia histórica de esta Corte, pudiendo producir el precedente que se está creando consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia**; derecho fundamental de gran trascendencia para el sistema interamericano en su integralidad, al

---

<sup>116</sup>Rosler, James Brian, “Prospective Applications of Judicial Decisions”, *Alabama Law Review*, Alabama, Volumen 33, No. 2, 1982, p.469. Otro ejemplo es el derecho inglés donde por ejemplo, tratándose de la Court of Appeal, la regla del stare decisis fue establecida en *Young v. Bristol Aeroplane Co.* (1944), señalando las tres excepciones para que sea válido apartarse de sus propias decisiones: 1) Cuando hay dos decisiones en conflicto en el tribunal; 2) Cuando la decisión previa no puede coexistir con una decisión de la House of Lords; y, 3) cuando está convencido de que la decisión fue tomada per incuriam, es decir, con total falta de cuidado.

constituir en sí mismo una garantía de los demás derechos de la Convención Americana en detrimento del efecto útil de dicho instrumento.

Lo anterior desvela que en el derecho mexicano existe una amplia discrecionalidad del juzgador para cambiar su criterio, asimismo, tratándose de la jurisprudencia internacional, si bien no es tan usual que los tribunales se aparten de su línea jurisprudencial, ha habido casos en que sí lo han hecho, como se desprende de la última transcripción.

Esto no ocurre con la jurisprudencia emitida por un superior jerárquico, donde el único medio para apartarse del criterio obligatorio es mediante de las referidas técnicas de las distinciones, las cuales son una ficción jurídica empleada por los jueces para decir que la jurisprudencia “no es aplicable”, más que una real separación del precedente, como fue el caso de la Denuncia 20/2013 analizada en el Primer Capítulo resuelta por el Consejo de la Judicatura Federal.

Era de esperarse que la Suprema Corte tuviese que analizar el tema de la inaplicación de la jurisprudencia bajo el nuevo orden constitucional mexicano y el mandato de control de convencionalidad. En sesiones del 13 y 14 de octubre de 2014 el Tribunal en Pleno resolvió la contradicción de tesis 299/2013 suscitada entre el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, en apoyo del Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto.

El criterio del Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito derivó de una causa penal en la que los quejosos eran penalmente responsables de diversos delitos, entre ellos, el de contrabando previsto y sancionado en el artículo 103, fracción II, del Código Fiscal de la Federación. Los quejosos consideraron, en sus conceptos de violación, que dicha norma resultaba inconstitucional, por ser violatoria del principio de presunción de inocencia. Asimismo, consideraron que la jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>117</sup>, en relación con la norma mencionada, resultaba violatoria de la

---

<sup>117</sup> Una de las tesis de jurisprudencia que los quejosos consideraron inconvencionales fue la identificada con el número 1a./J. 83/2005, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro es el siguiente:

Constitución Federal, del Pacto de San José y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito calificó como inoperantes los planteamientos de inconstitucionalidad e inconventionalidad esgrimidos por los quejosos, bajo la siguiente consideración:

Incluso, al margen de la posibilidad que los jueces nacionales estén efectuados para ejercer el control de convencionalidad, ello no les otorga potestad para decidir si una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación transgrede o no una norma convencional.

Por otro lado, el criterio del Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región derivó de la causa penal resuelta por el juez Segundo de Distrito en el Estado de Durango y el toca de apelación 176/2012 resuelto por el magistrado del Tribunal Unitario del Vigésimo Quinto Circuito. En ambas resoluciones se determinó que el quejoso era penalmente responsable de la comisión del delito de contrabando. El quejoso sostuvo igualmente que la norma impugnada resultaba violatoria del principio de presunción de inocencia. El argumento que sostuvo está resolución fue el siguiente:

En otras palabras, conforme al señalado precepto constitucional, todos los jueces nacionales, deben examinar si el acto, norma e incluso, la jurisprudencia como fuente formal del derecho derivada de la confirmación, supletoriedad e interpretación de ella, sometido a su conocimiento, respeta cabalmente los derechos fundamentales reconocidos tanto en la Constitución, como en los instrumentos internacionales universales y regionales obligatorios para el Estado Mexicano.

Como se ve, las conclusiones a las que arribaron los tribunales contendientes, la posibilidad de ejercer el control ex officio de la jurisprudencia resultaron contradictorias, ya que el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito

---

CONTRABANDO PRESUNTO DE VEHÍCULOS EXTRANJEROS. SE PRESUME FUERON INTRODUCIDOS AL TERRITORIO NACIONAL POR QUIEN LOS POSEA, LOS PORTE O SE OSTENTE COMO SU PROPIETARIO FUERA DE LA ZONA DE VIGILANCIA ADUANAL, SALVO PRUEBA EN CONTRARIO (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 102 Y 103, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN).

determinó que no resultaba jurídicamente posible llevar a cabo dicho control, pues aun cuando los jueces nacionales están facultados para ejercer el control de convencionalidad, "...ello no les otorga potestad para decidir si una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación transgrede o no una norma convencional"; mientras que el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región consideró, categóricamente, que la jurisprudencia, al igual que las normas y los actos, puede ser objeto del control difuso de convencionalidad, siendo deber de los jueces nacionales "realizar un examen de compatibilidad entre los actos, normas y jurisprudencia nacionales, frente a los instrumentos universales de protección de derechos universales".

La pregunta detonante fue entonces la siguiente ¿La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede ser objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio, a cargo de los jueces nacionales, cuando se detecta que resulta violatoria de algún derecho humano contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte?

En primer momento, el proyecto de resolución de esta contradicción estuvo a cargo del Ministro José Ramón Cossío, sin embargo, en sesión de 23 de octubre de 2013 se desechó el proyecto y se ordenó el retorno al ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo. Con una mayoría de 7 votos a favor de tal propuesta, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió en sentido negativo la pregunta planteada: la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación *no puede ser objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad*.

La Corte estableció que si bien los jueces nacionales están facultados para ejercer el control de convencionalidad, ello no les otorga potestad para decidir si una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación transgrede o no una norma convencional ya que ésta es de observancia obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales del país. Se sostuvo en el proyecto aprobado (se añade énfasis):

En esos términos, resulta clara la obligatoriedad de la jurisprudencia emitida por este Alto Tribunal para las autoridades jurisdiccionales del país,

incluyendo a las del Poder Judicial de la Federación, en específico para los Tribunales Colegiados de Circuito, por lo que no existiría ninguna razón lógica, para que los mismos determinen inaplicar la misma, so pretexto de control de convencionalidad; porque **si bien es cierto que están obligados a inaplicar los preceptos normativos que vulneren derechos fundamentales contemplados en la Constitución Federal o en los Tratados Internacionales ratificados por México, lo anterior no implica que se pueda pasar por alto la obligación constitucional y legal que tienen como autoridad de aplicar la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación**, sobre todo porque admitir que un órgano de menor jerarquía pueda revisar un criterio obligatorio que se dio como resultado de un ejercicio hermenéutico del contenido de una norma que, en el caso concreto, atendía un derecho humano previsto constitucional y convencionalmente relacionado con la presunción de inocencia que se decía conculcada por la disposición normativa que prevé el delito de contrabando presunto, determinando que no lo vulneraba, sería tanto como permitir distorsionar la certeza y la seguridad jurídica que genera la definición del tema vía jurisprudencia del ente dotado de facultades constitucionales para establecer la última palabra.

El ministro Cossío se pronunció en contra del proyecto del ministro Pardo manifestando, en la sesión del 13 de octubre de 2014, que con ello se asumía una “superioridad epistémica omnicompreensiva y excluyente por parte de la Corte, contraria a la idea misma de los derechos humanos como entidades de razón pública universal, sobre los que cualquier persona o autoridad puede opinar y orientar su decisión de acuerdo con lo que exigen a partir de su mejor entendimiento”.

El entonces ministro presidente Juan N. Silva Meza también se pronunció en contra del proyecto diciendo lo siguiente (se añade énfasis):

(...) considero que el control de convencionalidad ex officio al que están obligados los jueces nacionales a raíz de la reforma en materia de derechos humanos, implica una herramienta de contrapeso al legislador, pues el juez a través de un ejercicio de ponderación define en cada caso, el alcance de la norma que se traduzca en mayor protección a la persona, por tanto, **si el juzgador no puede calificar la constitucionalidad de la jurisprudencia por ser obligatoria, lo cierto es que en cumplimiento del mandato constitucional, sí está constreñido a realizar un ejercicio de ponderación respecto de los derechos en juego, y determinar así la posibilidad de aplicación o inaplicación atendiendo a las particularidades del caso.**

En consecuencia, para mí, **la jurisprudencia** en los mismos términos que cualquier norma de derechos humanos, **debe ser materia de ejercicio de ponderación que realiza el juez en cada caso, para otorgar a la persona la protección más amplia**. Lo cual, me lleva, en conclusión, a no compartir la propuesta del proyecto, aunque algunas de sus afirmaciones, desde luego, las comparto, pero en el tema concreto que está a debate, no lo comparto.

Con motivo de esta resolución, el 12 de diciembre de 2014 se publicó la siguiente tesis jurisprudencial en el Semanario Judicial de la Federación:

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA. La obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario contenidas en cualquier norma inferior, no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucional establece que será obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga la ley y, en este caso, la Ley de Amparo así lo indica tanto en la abrogada como en el artículo 217 de la vigente; de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad ex officio, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.

Uno de los argumentos más importantes señalados durante la discusión de esta contradicción consistió en la afirmación de que, en caso de que exista un criterio jurisprudencial contrario al amplio catálogo de derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los tratados internacionales sobre la materia,

no es dable realizar un control de convencionalidad sobre el mismo ya que *existen medios legales previstos por la propia ley para modificarlo o que el asunto se resuelva por la propia Suprema Corte*, quien determinará cuál es el criterio que debe prevalecer.

Los medios que señala el proyecto de resolución son el procedimiento de sustitución de jurisprudencia contemplado en el párrafo 94 constitucional, o las solicitudes de ejercicio de la facultad de atracción, contenidas en el artículo 107, fracción V, último párrafo; y VIII, inciso b) segundo párrafo, de la Constitución Federal.

En relación con la solicitud de *sustitución de jurisprudencia*, ésta opera a petición fundada de parte legitimada. En el caso de la jurisprudencia que por contradicción haya establecido un pleno de circuito, cualquier tribunal colegiado, previa petición de alguno de sus magistrados, podrá solicitarla. Tratándose de la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o de alguna de las Salas, puede solicitarla cualquiera de los plenos de circuito, previa petición de alguno de los magistrados de los tribunales colegiados de su circuito, o en su caso, cualquiera de las salas de la Suprema Corte de Justicia, previa petición de alguno de los ministros que la integran. Las partes en el juicio de amparo carecen de legitimación para solicitar la sustitución de la jurisprudencia, por no ubicarse en alguno de los supuestos previstos en la Ley<sup>118</sup>.

Asimismo es necesario que el órgano que vaya a solicitar la sustitución resuelva el caso concreto aplicando la jurisprudencia que se trate. De ahí que para la procedencia de una solicitud de sustitución de jurisprudencia deben actualizarse los siguientes supuestos: 1) que previamente a la solicitud se resuelva el caso concreto que la origina; y, 2) que se expresen los razonamientos legales en que se apoye la pretensión de su modificación<sup>119</sup>. Lo anterior se sustenta en la Ley de

---

<sup>118</sup>JURISPRUDENCIA. LAS PARTES EN EL JUICIO DE AMPARO CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA MODIFICACIÓN DE LA ESTABLECIDA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Localización: [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVII, Febrero de 2008; Pág. 591. 2a./J. 15/2008.

<sup>119</sup>MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA. PARA QUE PROCEDA ES NECESARIO QUE, PREVIAMENTE A SU SOLICITUD, SE RESUELVAN LOS CASOS CONCRETOS CON OBSERVANCIA Estricta de lo señalado en aquélla. Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I; Pág. 435. 1a./J. 1/2014 (10a.).

Amparo que ordena que, cuando se resuelva sustituir una jurisprudencia, dicha resolución no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en que se haya dictado las sentencias que lo integraron, ni la que se resolvió en el caso concreto que haya motivado la solicitud.

Respecto a la facultad de atracción prevista en el artículo 107, fracción V, último párrafo; y VIII, inciso b), segundo párrafo, de la Constitución Federal, dicho precepto establece que la Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente tribunal colegiado de circuito, del Fiscal General de la República, en los asuntos en que el Ministerio Público de la Federación sea parte, o del Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, podrá conocer de los amparos directos que por su interés y trascendencia así lo ameriten

Si bien la facultad de atracción sí produce efectos para el asunto que le da origen, ya que resuelve el fondo del asunto, las partes en el procedimiento tampoco poseen legitimación para solicitar la atracción por parte de la Corte, de modo que queda a potestad del propio órgano jurisdiccional que resuelve o en su caso del Fiscal General de la República o del Ejecutivo Federal formular la solicitud de procedencia.

Los requisitos de “interés y trascendencia” previstos constitucionalmente limitan también la procedencia de la facultad de atracción, pues conforme al Acuerdo número 5/199 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se considera, por regla general, que no se surten los requisitos de importancia y trascendencia cuando “exista jurisprudencia sobre el tema de constitucionalidad planteado”. La Corte podrá excusarse de conocer un caso en el que se plantee la inconvencionalidad de la aplicación de una jurisprudencia obligatoria si existe ya un pronunciamiento del tribunal sobre el tema y no necesariamente sobre su inconvencionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en múltiple jurisprudencia que la obligación de los estados de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales, sino que los recursos

deben tener efectividad, brindara la persona la posibilidad real de interponer el recurso<sup>120</sup>, además de que éste debe ser adecuado, capaz de producir el resultado para el cual ha sido concebido<sup>121</sup>.

Tanto el procedimiento de sustitución de jurisprudencia como la facultad de atracción de la Corte no son recursos adecuados ni efectivos en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En principio, porque no son accesibles a las partes al carecer expresamente de legitimación para solicitarlas, y además porque, en el caso de la sustitución, no afecta la situación jurídica concreta del juicio de donde proviene la solicitud.

Nos parece un error que la Corte considere que los mecanismos para combatir una jurisprudencia que vulnera derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los tratados internacionales de los cuales México es parte, sean aquellos configurados únicamente como herramientas accesibles al juzgador y otros sujetos legitimados, y no como garantía de las partes. Ello ha llevado a que los “medios legales previstos por la ley” carezcan de efectividad conforme a los estándares señalados.

En tal virtud, ante la *inaccesibilidad e inefectividad* de ambos mecanismos para impugnar la inconventionalidad de la jurisprudencia, la *inexistencia* de otro mecanismo para ello, aunado a la *prohibición* expresa de la Corte para que los jueces realicen control de convencionalidad de la jurisprudencia –conforme a la contradicción de tesis 299/2013-, podemos afirmar que nos encontramos ante una flagrante violación al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Algunos autores han propuesto la inclusión de la figura de “cuestión de constitucionalidad o convencionalidad” que, a modo de incidencia dentro del proceso, permita al juzgador suspender la resolución de un asunto concreto y plantear al superior jerárquico la posibilidad de distanciarse de una jurisprudencia

---

<sup>120</sup>Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 191; Caso del Pueblo Saramaka, supra nota 6, párr. 177; y Caso Yvon Neptune, supra nota 19, párr. 77. Ver también Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24.

<sup>121</sup>Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 19, párr. 66; Caso Ximenes Lopes, supra nota 26, párr. 192, Caso Yvon Neptune, supra nota 19, párr. 77.

obligatoria. Una especie de lo propuesto por muchos expertos en relación con la posibilidad de crear dentro del Sistema Interamericano una “cuestión de perjudicialidad convencional” que permita a los tribunales y salas constitucionales locales plantear la cuestión ante la Corte Interamericana para que sea con el respaldo de este órgano que se proceda a declarar “inconvenional” un precepto constitucional<sup>122</sup>.

También se ha propuesto adicionar un párrafo final al artículo 217 de la Ley de Amparo, que permita que cuando una jurisprudencia nacional resulte menos favorable para la persona que un tratado internacional del que México sea parte o de una jurisprudencia convencional emitida por el órgano competente y a cuya jurisdicción se encuentre sometido aquél, el juzgador mexicano pueda inaplicar la jurisprudencia nacional de manera fundada y motivada, sin que su inaplicación sea materia de responsabilidad alguna<sup>123</sup>.

Ambas propuestas merecen ser discutidas y analizadas, sin embargo, nos parece que mediante la interpretación constitucional puede darse una respuesta al problema planteado.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de hacerlo, como máximo tribunal constitucional, al resolver la Contradicción de Tesis 299/2013, no obstante, como ya hemos visto, la Corte fijó una sola regla inquebrantable: el absoluto deber de observancia de la jurisprudencia obligatoria del máximo tribunal.

Con esta rigurosidad absoluta en el sistema jurisprudencial mexicano, la Corte no solo pretende asumir una superioridad epistémica omnicompreensiva sobre todos los temas que se resuelve –como mencionó en la discusión el ministro Cossío-, sino que contraviene, per se, el mandato constitucional de interpretar las normas relativas a los derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de la persona.

---

<sup>122</sup>Jinesta L., Ernesto, *op.cit.*, pp. 17 y 1.

<sup>123</sup>Allier Campizano, Jaime, “Presente y futuro de la jurisprudencia mexicana”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, No. 35, 2013, p. 155.

Nos parece que la Corte debió hacer una distinción entre la jurisprudencia obligatoria en materia de derechos humanos y aquella que tiene como fin integrar o armonizar el orden jurídico en otros temas. Tal y como lo hizo la Corte Colombiana con la acción de tutela, debió establecerse una excepción al elemento de obligatoriedad en razón de la materia, evidentemente con la exigencia de una carga argumentativa mayor en caso de apartarse del criterio obligatorio.

El mismo argumento empleado Suprema Corte al mantener una diferencia de “fuerza” entre la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación y la proveniente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Contradicción de Tesis 293/2011, debe ser utilizado y ampliado: la progresividad y el principio pro persona exigen darle un trato o fuerza diferente a *toda*<sup>124</sup> jurisprudencia de derechos humanos.

En ese tenor se propone la siguiente interpretación:

**Los criterios jurisprudenciales ya sean de procedencia internacional o interna que interpreten implícita o explícitamente derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte, son estándares mínimos a los cuales los jueces nacionales se encuentran vinculados, debiendo atender en todo caso a la aplicación de la interpretación que más favorezca a la persona.**

Una interpretación planteada de esta manera, abre la vía a los jueces y los justiciables para desligarse de una jurisprudencia –nacional o internacional- que conforme al artículo 1º Constitucional no proteja de la manera más amplia al individuo, alternativa indispensable en el debido ejercicio de la doctrina del control de convencionalidad de la Corte Interamericana e incorporada a nuestro sistema por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como veremos a continuación.

---

<sup>124</sup> Cuando nos referimos a “toda” la jurisprudencia de derechos humanos, incluimos aquella sobre la cual se aborden las restricciones constitucionales, sin hacer una distinción en esta materia como la realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la Contradicción de Tesis 293/2011.

### 3.4 Alcances del control de convencionalidad respecto a la jurisprudencia

El control de convencionalidad se puede ver mermado por el peso de una gran serie de mitos y ataduras dogmáticas relacionadas, en general, con el impacto que tiene esta doctrina en la supremacía constitucional y la seguridad jurídica de los gobernados.

No obstante, el control de convencionalidad, no dista de lo que los jueces están acostumbrados a realizar diariamente, ya que, como Fix-Zamudio dijo desde hace décadas, al ser los tratados internacionales también derecho nacional (de fuente internacional), una vez que son debidamente incorporados, forman parte del corpus juris constitucional que los jueces están llamados a confrontar como cualquier otra norma interna<sup>125</sup>. Tanto el control de convencionalidad y de constitucionalidad tienen en común emplear –en el fondo–, un mismo argumento: la invalidez de la norma inferior opuesta a la superior. En el supuesto de la norma convencional, la consecuencia es que la regla inconvencional que lesiona al Pacto debe quedar inaplicada, o si se prefiere, de aceptarse la expresión de Sudré<sup>126</sup>, “paralizada”<sup>127</sup>.

En el multicitado caso *Almonacid Arellano* la Corte Interamericana habla del deber de ejercer el control de convencionalidad entre las *normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos* y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tomando en cuenta *no solamente el tratado*, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

No queda duda entonces que la jurisprudencia interamericana se integra al parámetro de regularidad convencional que deben verificar los jueces ex officio en cada caso concreto -haya sido parte el Estado mexicano o no-, entendiendo ésta como toda interpretación que la Corte Interamericana realice a la Convención Americana, a sus Protocolos adicionales, y a otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza que forma parte del corpus juris interamericano.

---

<sup>125</sup>Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2ª ed., México, CNDH, Volúmenes 91-95 de Colección Manuales, 1999.

<sup>126</sup>Sudré, Frédéric, *A propos du “dialogue de judges” et du controle de constitutionnalité*, París, Pedone, 2004, pp. 198 y ss.

<sup>127</sup>Sagües, Néstor Pedro, “Obligaciones...” *op.cit.*, p. 129.

Hay dos puntos, sin embargo, que parecen quedar suspensos: Primero, si el control de convencionalidad se extiende a la posible inaplicación de una jurisprudencia nacional por encontrarla discordante con los parámetros internacionales y, segundo, en caso de contraste entre la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia internacional, cuál debe prevalecer.

Si partimos de la afirmación, como lo hicimos en el Primer Capítulo de este estudio, que la jurisprudencia puede ser equiparada a la norma legal respecto a su aplicación obligatoria, podemos llegar a la conclusión de que, cuando la Corte Interamericana habla del “control de convencionalidad de las *normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos*”, comprende también a la jurisprudencia, misma que es aplicada diariamente por todos los jueces nacionales –bajo pena de sanción- al igual que la norma legal.

Ese mismo sentido le ha dado la Corte Interamericana a su jurisprudencia, al considerar que la fuerza normativa de la Convención Americana alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte Interamericana como último intérprete de dicho Pacto en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, es decir, que la interpretación emprendida por el Tribunal Interamericano a las disposiciones convencionales adquiere *la misma eficacia* que poseen éstas, ya que en realidad las normas convencionales constituyen el resultado de la interpretación convencional que emprende la Corte como órgano judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación del corpus juris interamericano<sup>128</sup>. En otras palabras, el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; constituyen normas que derivan de la Convención Americana de Derechos Humanos, de lo cual se obtiene que *gocen de la misma eficacia (directa)* que tiene dicho tratado internacional<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup>Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 51.

<sup>129</sup>Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Silva García, Fernando, “Homicidios de mujeres por razón de género. El Caso Campo Algodonero”, en Von Bogdandy, Armin et al., (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?*, México, UNAM-Max Planck Institut, 2010, Tomo II, pp. 259-333.

En ese tenor, si la Corte Interamericana de Derechos Humanos le reconoce la misma eficacia directa a la jurisprudencia que a la norma jurídica internacional, es de entenderse, que la misma eficacia directa le sea reconocida a la jurisprudencia proveniente de los órganos jurisdiccionales nacionales que le dan alcance y contenido a la norma jurídica interna. Así, el control de convencionalidad implica confrontar tanto las normas internas, como la jurisprudencia de los tribunales internos, con los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los cuales el Estado es parte y la jurisprudencia de los órganos autorizados para realizar la interpretación de dichos tratados, como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Han sido dos ocasiones en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha juzgado la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación haciendo un control concentrado de su convencionalidad. Primero en el caso *Castañeda Gutman* en el que la Corte analizó la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la incompetencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para inaplicar leyes electorales que se consideran inconstitucionalidades<sup>130</sup>; y segundo, en el caso *Radilla* donde indirectamente se juzgaron los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ordenando que las interpretaciones constitucionales referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana<sup>131</sup>. Lo anterior nos deja ver que la Corte Interamericana puede revisar la convencionalidad de la jurisprudencia mexicana e incluso ordenar su derogación, como así ocurrió en el cumplimiento de la sentencia del caso *Radilla* en el que la Suprema Corte se vio obligada a modificar su criterio sobre la justicia militar.

---

<sup>130</sup>Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr.118-131.

<sup>131</sup>Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 340

En cuanto al tema que nos ocupa, podemos hablar de una *identidad de circunstancias* entre la norma y la jurisprudencia en virtud de que ambas forman parte de la “normativa nacional” sujeta al control de convencionalidad.

Tomando en cuenta esta definición, Ezquiaga define la analogía jurídica como “el argumento interpretativo mediante el cual se justifica trasladar la solución legalmente prevista para un caso, a otro caso distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, pero que es semejante al primero”<sup>132</sup>. Puede decirse que en todo argumento analógico nos encontramos con cuatro elementos:

- a) Una norma que regula un supuesto al que aplica la consecuencia jurídica;
- b) Otro supuesto no regulado por ninguna norma;
- c) Los supuestos son semejantes; y,
- d) Entre los supuestos se aprecia identidad de razón.

Tenemos entonces, en primer término, una norma que regula un supuesto al que aplica una consecuencia jurídica, en este caso el mandato u obligación de todos los jueces del país de realizar el ejercicio de control de convencionalidad de las normas internas y llegado el caso de inaplicar cualquier norma jurídica que, a su juicio, sea violatoria de algún derecho humano contenido en la Constitución o en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Por otra parte, tenemos un segundo supuesto no regulado: ¿es posible realizar el ejercicio de control de convencionalidad y, en su caso, inaplicar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando sea violatoria de algún derecho humano contenido en la Constitución o en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte?

Ambos supuestos son claramente semejantes, ya que tanto las normas legales como la jurisprudencia *en razón de la obligatoriedad* son utilizadas por los jueces como fundamento para resolver conflictos jurídicos, esto nos lleva a concluir que puedan ser analizados bajo la idea de identidad de razones.

---

<sup>132</sup>Ezquiaga, Francisco Javier, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, *Isonomía*, México, No. 1, octubre de 1994, pp. 69-68

Si el mandato de aplicación de la norma legal, que es obligatoria y proviene de una autoridad, tiene como excepción el respeto y protección de los derechos humanos, en virtud de la cual puede llegar a inaplicarse en ejercicio del control de convencionalidad, la jurisprudencia, al poseer ese mismo carácter coercitivo, debe ser tratada de manera análoga a la norma para efectos de su posible inaplicación. En otras palabras, si la aplicación de la norma y de la jurisprudencia es obligatoria, en forma análoga, la salvedad a esta exigencia –en este caso el ejercicio del control de convencionalidad- también lo es.

Ahora bien, el control de convencionalidad no pretende imponer la normativa o interpretación internacional sobre la interna, incluso admite que en algunas ocasiones la respuesta se encuentre en sede nacional. Lo que busca la Corte Interamericana de Derechos Humanos con su doctrina del control de convencionalidad es la efectiva garantía de los derechos humanos, de modo que el criterio imperante sea siempre el que brinde mayor beneficio –o proteja en mayor medida- los derechos de la persona.

### **3.4.1 Principio pro persona y ponderación**

Al momento de lidiar con el sistema normativo de derechos humanos el juzgador se enfrenta con contenidos que se expresan como principios y como reglas, lo cual lo convierte en un sistema de estructura compleja<sup>133</sup>, en la que operan métodos interpretativos distintos. Desde hace más de medio siglo se ha insistido en que esta distinción es una de las claves de la hermenéutica jurídica, sobre todo en el derecho constitucional<sup>134</sup>.

La teoría jurídica contemporánea ha revalorizado los principios jurídicos y su papel, de manera tal que el Derecho ha dejado de ser un conjunto de normas positivizadas en donde el papel de juzgador es el de un “ser inanimado” cuya boca pronuncia la ley, para pasar a un sistema cargado de moral en el que el juez tiene un rol activo en la consecución de los fines constitucionales, pues al ser el garante

---

<sup>133</sup>Nash, Claudio, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*, México, Fontamara 2010, p. 86

<sup>134</sup>Prieto Sanchís, Luis, “Prólogo”, en García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 17-20.

de los derechos humanos reconocidos por el Estado, imparte justicia mediante una técnica argumentativa más compleja. No obstante, el control de convencionalidad no es algo nuevo en la forma de interpretar el derecho, desde 1610 en el emblemático caso Thomas Bonham resuelto por Sir Edward Coke en el Reino Unido, se prescribió que una ley que esté en contra de la razón y de los principios del derecho común (*common law*) puede y debe ser anulada e invalidada (*null and void*) por el tribunal.

El intérprete de derechos humanos debe despojarse de lastres iuspositivistas heredados de la época post revolucionaria francesa y el impacto que tuvo la codificación en la manera de ver el derecho y asumir, que el derecho por principios al que se enfrenta hoy en día, es dúctil por naturaleza, a un tiempo es invasivo y flexible e implica la necesidad de una metodología interpretativo-aplicativa no severamente deductiva, como de la subsunción –entendida como propia del iuspositivismo–, sino de una técnica ponderativa conectada a la razonabilidad práctica y a instrumentos equitativos, en otras palabras, que cambiando el objeto del derecho al introducirse los principios, también su método de análisis habría de ser modificado<sup>135</sup>.

Una de esas reglas o métodos que exigen ser aplicados en este sistema de reglas y principios es el principio pro persona, el cual dirigido a la ponderación o al balanceamiento de los derechos y de los valores en juego, permite tener en cuenta las exigencias de justicia en cada caso concreto. Esta sea tal vez la pauta interpretativa en derechos humanos más significativa, reconocida como parte de la lógica y del conjunto de principios propios del derecho internacional de los derechos humanos<sup>136</sup>, que aconseja *interpretar la regla concerniente a un derecho humano del modo más favorable para la persona*<sup>137</sup>.

Bajo este principio, las autoridades están obligadas a llevar a cabo las operaciones jurídicas necesarias para encontrar, de entre la totalidad de los

---

<sup>135</sup>Pozzolo, Susana, “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 141.

<sup>136</sup>Piovesan, Flavia, “Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos”, *Sur, Revista internacional de derechos humanos*, São Paulo, No. 1, Volumen 1, 2004, p.25.

<sup>137</sup>Piza Rocafort, Rodolfo E. y Trejos, Gerardo, *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, San José, Juricentro, 1989, p.67.

derechos humanos de fuente constitucional o convencional que pudieran resultar aplicables a una determinada persona, *no sólo el derecho que más le favorezca sino, adicionalmente, aquélla interpretación de ese derecho que le sea más propicia*<sup>138</sup>, ese es el criterio indispensable de actuación hermenéutica ante la cláusula de interpretación conforme<sup>139</sup>.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 293/2011 reconoció el alcance del principio pro persona en relación con la jurisprudencia y en consecuencia la posibilidad de inaplicación, no obstante, como vimos, al resolver la contradicción de tesis 299/2013 este criterio fue modificado. En esta primera resolución la Corte había dicho (se añade énfasis):

...no debe entenderse el carácter vinculante de los criterios interamericanos en un sentido fuerte, es decir, como un lineamiento que constriña a los jueces internos a resolver aplicando indefectiblemente el estándar sentado por la Corte Interamericana, pasando por alto, incluso, los precedentes del Poder Judicial de la Federación. Por el contrario, esta obligatoriedad debe entenderse como una vinculación a los operadores jurídicos internos a observar en sus resoluciones un estándar mínimo, que bien podría ser el interamericano o el nacional, dependiendo cuál sea el más favorable a las personas. En todo caso, **lo importante será que la inaplicación de un criterio jurisprudencial, nacional o interamericano, se justifique atendiendo a la aplicación de otro que resulte más favorecedor a la persona.**

El principio pro persona es una dimensión axiológica de interpretar el derecho, la cual ha sido destacada por Ronald Dworkin en su libro *Justice in Robes* (La justicia en toga) reprochando que cualquier juez no tenga como misión básica y radical el *hacer justicia*. Para Dworkin la tarea de juzgar no consiste en la mera aplicación del Derecho positivo, sino en la búsqueda de la sentencia justa.

El “momento axiológico” al resolver un caso, también ha sido reconocido por tribunales como la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Naftalin vs.

---

<sup>138</sup>Cossío, José Ramón, “Primeras implicaciones del caso Radilla” *Cuestiones Constitucionales*, México, No. 26, enero-junio de 2012, pp. 50 y 51.

<sup>139</sup>Caballero Ochoa, José Luis “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (Artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 130.

King” y la Corte Suprema Argentina en “Baliarda”, visualizando los efectos que ocurrirán si se aplica (o inaplica) una norma y, por último, en un estadio decisivo, se preguntan si tales resultados son admisibles; esto es, si conforman o no a los valores jurídicos básicos<sup>140</sup>.

Proceder de esta manera es desde luego muy complejo. El juzgador deberá tomar en cuenta que las consideraciones de los derechos aplicables en un caso en concreto suelen darse en condiciones de disputa respecto de otros principios o derechos de diversas personas; en tal sentido, la autoridad tiene que imaginar no sólo cómo proteger y armonizar ambas interpretaciones, adicionalmente, cuál de ellas resultará más favorable y, finalmente, asignar los mayores efectos protectores en las condiciones de ponderación inter partes<sup>141</sup>, de tal modo que se puede afirmar que la resolución de conflictos entre derechos humanos termina por realizarse por medio de un procedimiento especial: *la ponderación*.

Según Alexy, quien más ha abordado este tema, la ponderación deriva del principio de proporcionalidad que, a su vez, se compone de tres elementos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente.

- Idoneidad: Cumple con un rol de criterio negativo, esto es, nos permite excluir los medios no idóneos
- Necesidad: Exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado, por tanto, su rol ya no es de exclusión, sino que nos entrega un criterio de selección.
- Proporcionalidad: Expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario y, por tanto, coincide con la ley de ponderación: *“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”*.

---

<sup>140</sup>Casos citados por Sagües, Pedro, *La interpretación judicial de la constitución*, Segunda Edición, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 89.

<sup>141</sup>Cossío, José Ramón, “Primeras implicaciones...” *op.cit.*, p. 51.

Por otro lado, ha propuesto distinguir tres elementos de la ponderación para la resolución de conflictos: fórmula del peso, ley de ponderación y cargas de argumentación. Conforme a la *fórmula de peso*, cada principio puede ser afectado en un sistema de escalas, “escala triada”: afectación leve, moderada y grave; por tanto, en cada caso, habrá que determinar la intensidad de la afectación a la luz de la importancia del principio opuesto. Seguidamente, se procede al *juicio de ponderación* que supone 3 pasos: a) establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; b) determinar la importancia de la satisfacción del segundo principio; y, c) determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero. Una vez hecho lo anterior, y se concluya con un empate entre los principios en conflicto, la *carga de argumentación* de la resolución justificará racionalmente la decisión.

Dentro de este proceso de ponderación y para determinar el “peso” de un derecho y la importancia de su satisfacción, el intérprete debe tomar en cuenta que en el sistema internacional nos podemos encontrar con tres situaciones: (1) aquellos derechos que no admiten restricción; (2) aquellos derechos que admiten restricciones particulares y, (3) otros derechos que admiten restricciones generales. Ejemplos:

- *No admiten restricción*: vida, integridad personal, prohibición de la esclavitud, libertad de conciencia y religión, etc.
- *Admiten restricciones particulares*: derechos de propiedad, libertad de asociación a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.
- *Admiten restricciones generales*: la facultad de hacerlo no es discrecional para el Estado, sino que está limitada por el derecho internacional, que exige el cumplimiento de ciertas condiciones, cuya ausencia transforma la restricción ilegítima y, por lo tanto, en violatoria de las obligaciones del Estado.

La prohibición expresa de aplicación del principio pro persona, y por lo tanto, del ejercicio de ponderación de derechos a una norma ya interpretada por el superior jerárquico, el control de convencionalidad sobre la jurisprudencia

obligatoria, constituye un límite al alcance de los derechos y por lo mismo a su efectividad, ya que restringe la posibilidad de encontrar mejores respuestas a los casos concretos. Ello trastoca la condición principalista de los derechos humanos al pretender definir todas las posibles concreciones de un principio o derecho mediante el establecimiento de reglas jurisprudenciales inquebrantables.

No hay nada que impida lógicamente que la jurisprudencia pueda incumplir con la obligación de interpretar normas relativas a los derechos humanos de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, por no favorecer, por ejemplo, la protección más amplia de las personas; en consecuencia la posibilidad de cuestionar un resultados interpretativos deviene necesario en aras de una interpretación armoniosa con el artículo 1° constitucional, en sus párrafos segundo y tercero<sup>142</sup>.

La naturaleza de los derechos humanos como principios o mandatos de optimización<sup>143</sup>, provoca que *las decisiones no sean constantes*<sup>144</sup>. La esencia de los derechos humanos, en particular de la aplicación del principio pro persona y el juicio de ponderación y razonabilidad, es que no siempre se logra una respuesta válida para todo supuesto, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso<sup>145</sup>, debe admitirse pues que ninguna interpretación de los derechos humanos es absoluta, pudiendo ser ampliada y redefinida.

En consecuencia, la jurisprudencia que implícita o explícitamente interprete derechos humanos debe entenderse como una pauta que vincula a todos los jueces, no obstante, si el juzgador considera razonablemente que en un caso en concreto existe una interpretación que beneficia más a la persona que aquella dada por su superior jerárquico, será ésta respuesta la que deba prevalecer, evidentemente con la suficiente carga argumentativa que ello implica.

---

<sup>142</sup> Cossío, José Ramón, y Lara Chagoyán, Roberto "Derechos Humanos o Jurisprudencia Infalible" *Cuestiones Constitucionales*, México, No. 32, enero-junio de 2015, pp. 87-88.

<sup>143</sup> Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, México, Fontamara, 2010, p. 47.

<sup>144</sup> García Figueroa, Alfonso, "¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy", en Alexy, Robert, *Derechos sociales... cit.*, p. 363.

<sup>145</sup> Prieto Sanchís, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, No. 5, 2001, pp. 216 y 217.

Lo anterior, no obstante sus trascendentales consecuencias, pues exige abandonar por completo la existencia de parámetros rígidos de interpretación, como son las tesis jurisprudenciales, garantizará la efectiva protección de los derechos humanos en el marco de un derecho configurado mediante principios, donde el criterio imperante para determinar el parámetro de regularidad constitucional-convencional sea siempre la protección más amplia de la persona.

### **3.4.2 Impacto a la seguridad jurídica**

Exigir que los jueces nacionales realicen, en los casos de derechos humanos que resuelvan, control de convencionalidad entre las normas internas y también la jurisprudencia obligatoria frente a los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales autorizados para aplicar e interpretar dichos instrumentos, produce sin duda, un desbordamiento de la nómina de las fuentes de derecho que estaban acostumbrados a aplicar los operadores jurídicos.

Las consecuencias producto de esta metamorfosis se resumen en el complemento de un nuevo orden configurativo del Derecho donde el principio rector es la protección de la persona y no los principios clásicos de soberanía nacional, o la seguridad jurídica del Estado, los cuales –bajo una perspectiva legalista- son considerados como el baluarte exclusivo y casi excluyente del Derecho.

Hart opinaba que la forma más simple para remediar la falta de certeza de un régimen de reglas primarias de obligación consiste en la introducción de lo que llama una “regla de reconocimiento”. La regla de reconocimiento especifica los criterios que debe poseer una regla para ser considerada una regla del sistema. Esta puede asumir diversas formas, por ejemplo: haber sido emitida por el soberano, estar incluida dentro de determinado texto, etcétera. Consideraba que gracias a la regla de reconocimiento, las reglas ya no constituyen un conjunto discreto inconexo, sino que se encuentran unificadas<sup>146</sup>. En este sentido se

---

<sup>146</sup>Hart, H.L.A., *El concepto... op.cit.*, pp. 125-137

pronunciaba Kelsen al decir que una norma jurídica no vale por su contenido, sino por haber sido producida de determinada manera<sup>147</sup>.

Joseph Raz y Carlos Nino<sup>148</sup> han criticado a Hart respecto a la función individualizadora que atribuye a la regla de reconocimiento, en virtud de que, en opinión de ellos, no consigue justificar su aserto de que todo orden jurídico tiene sólo una regla de reconocimiento, como ocurre con las normas originadas en sede judicial.

Dworkin es uno de los autores más crítico la teoría de Hart pues pensaba que si se aceptaba la teoría de la regla de reconocimiento, los principios (derechos humanos) no podrían formar parte de un sistema jurídico, ya que su regla identifica a las normas del sistema por su *pedigree* o su fuente cuando los juristas reconocen la validez de los principios por considerar que su contenido es válido y no por la circunstancia de provenir de cierta fuente.

Al no aplicable la teoría de la regla del reconocimiento para analizar el posible impacto que provoca el control de convencionalidad a la seguridad jurídica de un Estado, al pasar por alto la naturaleza principalista de los derechos humanos de la que hemos hablado, debemos remitirnos a analizar las principales críticas a este ejercicio.

Entre los autores que han manifestado su preocupación por la seguridad jurídica cuando se aplica el control de convencionalidad, se encuentra el Dr. Carlos Castilla quien ha señalado que “... podría conducir a que el orden jurídico fuere aplicado a capricho por los órganos estatales ordinarios, bajo el pretexto de que una determinada norma o acto resultan “inconvencionales” cuando no lo son, lo que mermaría considerablemente la seguridad jurídica que persigue todo sistema legal”<sup>149</sup>.

Es ahí donde muchos autores consideran que reside el gran problema del control de convencionalidad de la jurisprudencia, en la seguridad jurídica. Estiman que el hecho de que el intérprete pueda dejar de aplicar la interpretación

---

<sup>147</sup>Kelsen, Hans, *Teoría Pur... op.cit.*, p. 205.

<sup>148</sup>Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª. ed., Buenos Aires, Astrea, 1980, p.124.

<sup>149</sup>Castilla, Karlos. “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen IX, 2011, p. 615.

autorizada de la ley, crearía un “caos” jurídico ya que al imponer la obligatoriedad de la jurisprudencia (y por tanto el criterio jurídico del órgano superior emisor) a los órganos jurisdiccionales inferiores, se controla la decisión de aquellos y, con ello, se genera la unidad interpretativa de todos los órganos jurisdiccionales: la del emisor de la jurisprudencia y la de sus inferiores jurisdiccionales<sup>150</sup>.

Pardo Rebolledo –ministro ponente de la Contradicción de Tesis 299/2013- habló incluso de la provocación de un “círculo vicioso” en caso de inaplicarse la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

...el sistema, así determinado, podría generar un círculo vicioso; pongamos el ejemplo de que un juez de primera instancia realiza un control de convencionalidad y determina la inaplicación de una norma; posteriormente, viene un recurso, el tribunal de alzada, supongamos que confirma esa interpretación y esa inaplicación; supongamos que llega un amparo directo, y en el amparo directo, de igual manera, se llega a la misma conclusión y que esta Suprema Corte de Justicia, en una revisión, determine lo contrario, es decir, que diga: ‘estuvo mal ese ejercicio de control de convencionalidad y la norma no debe inaplicarse, la norma debe aplicarse’; supongamos que haya el número de precedentes suficientes para establecer jurisprudencia obligatoria, esa jurisprudencia obligatoria llega al juez original de primera instancia en un caso distinto, y el juez de primera instancia dice: ‘yo ya dije que esta norma es inconvencional y que se tiene que inaplicar y entonces, inaplico la norma y además inaplico la jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que definió que esa norma no era inconvencional’.

Con esto generamos un círculo vicioso y me parece que le pegamos de fondo al sistema de control, tanto de convencionalidad como de constitucionalidad, y a las atribuciones que tiene este tribunal constitucional, porque se van a poner en tela de juicio las interpretaciones o las decisiones que tome en cuanto a la convencionalidad o, incluso, la constitucionalidad de las normas que aplican los jueces o los tribunales de todas las instancias.

Ahora bien, contrario a lo que ocurre en el sistema del *common law*, en el que tradicionalmente no ha habido carrera judicial y han sido siempre escasas las posibilidades de recurrir las sentencias dictadas por los tribunales de primera instancia, en nuestro sistema, la revisión de las sentencias por parte de los superiores jerárquicos es muy común, a manera de ejemplo, del 16 de noviembre

---

<sup>150</sup>Calvo Vidal, Félix, *La jurisprudencia: ¿Fuente de derecho?*, Valladolid, 1992, p. 320.

de 2012 al 15 de noviembre de 2013, el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE) del Consejo de la Judicatura Federal, registró un ingreso de 200,998 amparos directos en los tribunales colegiados de circuito, es decir, la revisión de las sentencias de primera instancia, y 81,429 asuntos en revisión de amparo indirecto. En materia procesal federal, se registraron 42,741 apelaciones ante los tribunales unitarios de circuito<sup>151</sup>. La Corte por su parte, recibió un total de 1,135 amparos directos en revisión y 410 amparos en revisión. Asimismo, ejerció su facultad de atracción en 233 asuntos.

Este amplio catálogo de mecanismos de revisión de las sentencias en México, fortalece el Estado de Derecho y garantiza el derecho de toda persona a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior (artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así, toda persona tiene la garantía de que si su asunto no fue resuelto de la manera correcta ya sea porque la interpretación del derecho con la cual el juzgador fundamentó su decisión no es aplicable al caso concreto, o si pasó por alto una interpretación más favorable, exista siempre un tribunal que pueda corregir el error.

No olvidemos que, en todo caso, el juzgador que pretenda distanciarse de la jurisprudencia obligatoria en materia de derechos humanos tendrá una carga argumentativa mayor y deberá justificar los motivos de su distanciamiento, cuestión que será revisada por su superior, quien podrá determinar si la inaplicación de la jurisprudencia es correcta o incorrecta, por ejemplo podría considerarse que la inaplicación es incorrecta cuando el operador no ofrece razones para justificar su decisión, o si se advierte que las razones que aduce son claramente inaceptables o irrazonables.<sup>152</sup>

En ese tenor, el “círculo” del que habla el ministro Pardo Rebolledo de aceptarse el control de convencionalidad de la jurisprudencia obligatoria del Poder Judicial de la Federación, lejos de ser “vicioso”, nos parece *virtuoso* al fortalecer un sistema donde el parámetro de regularidad de todos los actos y normas de autoridad sea siempre el principio *pro persona*, y que permite que los jueces

---

<sup>151</sup>Suprema Corte de Justicia de la Nación, Informe Anual de Labores 2013, p. 15-26.

<sup>152</sup> Cossío, José Ramón, y Lara Chagoyán, Roberto “Derechos... op.cit. p. 105.

realicen juicios de razonabilidad en cada caso concreto y no ser simples autómatas que aplican, sin más, la jurisprudencia.

Tal y como han referido José Ramón Cossío y Roberto Lara Chagoyán, el diseño institucional de nuestro sistema escalonado de revisión y por lo tanto la eventual revisión de las inaplicaciones de la jurisprudencia por parte de los propios órganos emisores de la misma, cumple con las exigencias de un sistema de derechos toda vez que propicia el diálogo, la pluralidad de puntos de vista y, en general, la deliberación razonable de cara a construir un consenso necesario para tomar decisiones correctas. Por lo tanto, no podemos suponer que se nos vendrá encima el caos y la anarquía en los criterios, puesto que, a final de cuentas, desde el punto de vista orgánico, nuestro Poder Judicial tiene la capacidad de auto regularse y restringirse<sup>153</sup>.

En palabras del ex juez norteamericano Oliver Wendell Holmes, en su magistral conferencia titulada “La Senda del Derecho”, el criterio conforme al cual han de ser evaluadas todas las instituciones y las disposiciones jurídicas no es el de la preservación de la continuidad lógica o de la armonía de la estructura interna del sistema, sino el del *valor de sus resultados* o consecuencias prácticas<sup>154</sup>.

Recordemos que uno de los objetivos del control de convencionalidad, que primeramente era ejercido de manera concentrada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que ahora se amplía para permitir que los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional<sup>155</sup>, es brindar seguridad a los particulares y establecer el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado mediante la aparición de una jurisprudencia de principios y valores -principios y valores del sistema democrático- que ilustran el rumbo del Estado. El control de convencionalidad de ninguna manera resta valor a la seguridad jurídica, sino apoya esta concepción del Estado social y de justicia, que busca la relación del derecho con los valores morales de la sociedad

---

<sup>153</sup> Cossío, José Ramón, y Lara Chagoyán, Roberto “Derechos... op.cit., pp. 99-101, 107.

<sup>154</sup> Wendell Holmes Jr., Oliver, *La senda del derecho*, traducción de José Ignacio Solar Cayón, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 29.

<sup>155</sup> Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

y orientados al bien supremo de la persona y a la realización plena de sus fines existenciales<sup>156</sup>.

En ese tenor, como señala Pedro Sagües<sup>157</sup>, debemos re estudiar el concepto de seguridad jurídica en función de los cambios en las cosas y en la sociedad, y con las modalidades singulares de los distintos procesos judiciales, así como con las particularidades de cada momento. Las interpretaciones que tengan en cuenta estos factores bien pueden apartarse de una doctrina aceptada o establecida de la Constitución, o sentar correcciones y excepciones a ella. Esos distanciamientos, cuando son serios, responsables y rectamente inspirados, no atentan contra la seguridad jurídica, sino que la *especifican y refuerzan* sociológicamente la “fuerza normativa” de la Constitución.

Tampoco olvidemos que, como la misma Corte Interamericana ha dicho, el control de convencionalidad no significa expulsar la jurisprudencia obligatoria del orden jurídico, para ello existe la figura de la sustitución de la jurisprudencia y, en caso de las normas, del procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad, se busca primero que los jueces armonicen la norma interna –en este caso la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación- con la normativa y jurisprudencia convencional, mediante una “interpretación convencional”.

Es claro que, para efectos prácticos, si la interpretación nacional es irreconciliable con el valor justicia, el juez deberá inaplicarla y encontrar una “mejor respuesta” ya sea en la interpretación internacional o incluso proponer una nueva solución al problema planteado, lo mismo ocurre en el otro sentido, si resulta más benéfico la interpretación local que la interamericana, la primera debe prevalecer<sup>158</sup>. No se trata pues de una cuestión de jerarquía entre la

---

<sup>156</sup> Abascal Carranza, Salvador, “Derechos Humanos, seguridad y justicia”, en Peñaloza, Pedro José y Garza Salinas, Mario A. (coords.), *Los desafíos de la seguridad pública en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 20.

<sup>157</sup> Sagües, Pedro, *La interpretación... op.cit.*, pp. 117 y 118.

<sup>158</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” *Estudios Constitucionales*, Año 9, No. 2, 2011, p. 557.

jurisprudencia del tribunal interamericano y los órganos internos, sino de aplicabilidad<sup>159</sup>.

Es por ello que consideramos que los juzgadores, además de realizar el juicio de proporcionalidad del que habla Alexy, al momento de distanciarse de una norma vigente o en su caso de una jurisprudencia obligatoria, deben realizar un *juicio de razonabilidad*, determinando si la aplicación de dicha norma o criterio es totalmente insostenible o si la interpretación conforme le permite salvarla. El resultado atenderá siempre a encontrar la respuesta más favorable en el caso concreto, es decir, aquella que “haga más justicia”, exigiéndose siempre, una carga argumentativa mayor.

Dworkin habla sobre la posibilidad de que un juez descubra una ley o precedente injusto o erróneo, y señala que los jueces deben recurrir a la teoría de los errores sin hacer un uso inadecuado de ella, demostrar las consecuencias de considerar inadecuado algún evento institucional y limitar el número y el carácter de los eventos de los que puede prescindir de esa manera<sup>160</sup>. En otras palabras, los jueces deben demostrar, mediante una justificación más fuerte, el motivo por el cual se apartan de la decisión.

Esta no es una tarea sencilla, no por nada Dworkin se refería a su modelo de juez como “Hércules”, por estar dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumana, sin embargo, negar la posibilidad de que los aplicadores del derecho puedan determinar cuál es la interpretación que mejor resuelve el caso que se le presenta, parece pasar por alto que el intérprete en su tarea hermenéutica cotidianamente tropezará con normas o interpretaciones injustas, posiblemente incluso de la Suprema Corte de Justicia -la cual no es infalible-; y por más que esto implica una decisión de tremendas consecuencias, su deber como protector de los derechos humanos en el nuevo Estado constitucional de Derecho, es tratar a dicha respuesta como impropia y, por ende, no aplicarla.

---

<sup>159</sup>Corzo Sosa, Edgar, “Control constitucional, instrumentos internacionales y bloque de constitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, et al. (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional*, México, UNAM-Marcial Pons, Tomo IV, 2008, p. 761.

<sup>160</sup>Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guatavino, Barcelona, Ariel, 2012, p. 195 y ss.

Sagües<sup>161</sup> opina de manera similar, denominando a esta práctica: “instrumentalismo pragmático”, diciendo:

Si la doctrina pacíficamente aceptada” es ilegítima, ya sea porque haya sido inicialmente producto de una “ceguera axiológica” de la comunidad; o porque se deslegitimó después, al cambiar las realidades económicas y sociales, o al variar las pautas sobre justicia, solidaridad, igualdad o cooperación, etc., es obligado promover su sustitución y reemplazarla. Para ello, forzosamente, deberán dictarse sentencias evasivas de la “interpretación objetiva” hasta entonces imperante, aunque no inspiradas en un subjetivismo caprichoso o errático, sino orientadas a dar nuevas y razonables respuestas interpretativas al también nuevo contexto fáctico y valorativo.

La legitimidad de los fallos no deriva de su coherencia con los anteriores, sino de su resultado provechoso, por ello, cuando hablamos tanto de la norma como de la jurisprudencia que interpreta derechos humanos, los jueces deben entender que éste es un piso y no un techo, el estándar mínimo que debe ser observado, pero que la mejor respuesta para resolver el caso puede estar todavía por encontrarse, “la buena” decisión es aquella que es eficaz y convincente. No hay nada más vicioso que atenta contra la percepción de justicia y seguridad jurídica que repetir las mismas respuestas incorrectas.

### **3.4.3 Impacto al principio de igualdad**

Diversos autores han opinado que la previsibilidad y la continuidad de la respuesta de los tribunales, obligar a los jueces inferiores a aplicar la jurisprudencia de sus superiores jerárquicos, no sólo un presupuesto de seguridad jurídica en un Estado, sino también constituye una cuestión de igualdad (todos los ciudadanos tienen derecho a un mismo tratamiento en la aplicación del Derecho por parte de los tribunales del Estado)<sup>162</sup>. Se ha dicho que la libertad del juez lesiona el principio de igualdad en la medida en que permite que casos iguales sean resueltos de

---

<sup>161</sup>Sagües, Pedro, *La interpretación... op.cit.*, p. 100 y 101.

<sup>162</sup>Alvarado, Miguel, “Las veinticinco principales reglas de la obligatoriedad de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación”, *Criterio y Conducta*, México, No. 9, Enero-Junio de 2011, p. 29.

manera distinta por un mismo juez o por varios, introduciendo así un factor de diversificación del que puede resultar que el derecho no sea igual para todos<sup>163</sup>.

Los esquemas rígidos de interpretación de las fuentes, basados en la soberanía estatal, en las fronteras nacionales y en comportamientos explicativos cerrados, son del todo inadecuados e insuficientes para captar los problemas de nuestros tiempos<sup>164</sup>. Debe tomarse en cuenta que la igualdad no es un principio absoluto sino que admite excepciones. El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha enunciado el contenido de ese principio como la obligación de “tratar lo esencialmente igual lo arbitrariamente desigual”<sup>165</sup>. Por lo tanto, la máxima de igualdad es violada si y sólo si el tratamiento desigual es arbitrario.

Debemos entender el concepto arbitrariedad en su sentido amplio, definido por la Real Academia Española en todo “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho”. Como explica Alexy<sup>166</sup>, la calificación de esta razón es descrita de múltiples maneras. Por un lado, se exige que se trate de un motivo suficiente o que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra manera, sea concretamente comprensible. En otras formulaciones se exige que la falta de objetividad de la razón de la diferenciación no puede ser “evidente” y, en otras, simplemente que la razón haga que la diferenciación esté “justificada”. El trasfondo de estas fórmulas está constituido por el postulado de “una forma de consideración orientada por la idea de la justicia”.

A diferencia de la igualdad ante la ley, cuando hablamos de igualdad ante la jurisprudencia, no podemos llevarla a un particular por medio de la subsunción formal, solamente puede llevarse de un particular a otro en razón de su contenido<sup>167</sup>, es por ello que el juzgador debe ser capaz de analizar el contenido de la jurisprudencia que está llamado a aplicar y determinar si debe o no ser empleada en el caso concreto o si se justifica un trato desigual. En palabras de

---

<sup>163</sup> Otto, Ignacio de, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988.

<sup>164</sup> Pérez Luño, Antonio, *op.cit.*, p. 101.

<sup>165</sup> En las primeras sentencias se dijo que “la máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que ser calificada de arbitraria”. BVerfGE 1, 14.

<sup>166</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 395.

<sup>167</sup> Soberanes Díez, *op.cit.*, p. 133.

Soberanes, “los tribunales tienen la obligación de tratar los casos iguales siempre que no exista una razón que justifique hacerlo de otro modo”<sup>168</sup>.

La imposibilidad de ejercer control de convencionalidad sobre la jurisprudencia nacional desconoce la naturaleza misma del principio de igualdad el cual, tomando en cuenta la exigencia de razonabilidad, puede ser planteado de la siguiente forma “si no hay ninguna razón suficiente para la permisión del trato desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”<sup>169</sup>.

Esto es a lo que Alexy ha llamado *desigualdad valorativa*, reconocer que no hay dos personas o dos situaciones vitales personales iguales en todos los aspectos, por lo que el mandato de “tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” implica un ejercicio de valoración que permita determinar qué es lo correcto, razonable y justo, y de ese modo alcanzar la igualdad material<sup>170</sup>. En este sentido, dos casos son siempre esencialmente iguales y, por lo tanto, deberían ser tratados así, si al hacerlo se satisfacen los postulados de justicia o funcionalidad en una medida mayor que su tratamiento desigual.

Lejos de comprometer el principio de igualdad, la posibilidad de ejercer un control sobre la jurisprudencia de derechos humanos atribuye al juzgador la facultad de ejercer esos juicios de valor, no sólo determinar cuándo una jurisprudencia es o no aplicable al caso concreto, sino también, cuándo “lo correcto, razonable y justo”, es hacer una desigualdad en el caso concreto.

Es claro que esta forma de proceder, abandonando un precedente a través del juicio de valoración o razonabilidad, implica grandes consecuencias, es por ello que la sentencia debe señalar en forma clara porqué el trato desigual es razonable a la luz del principio de igualdad, en palabras de la Corte Constitucional Colombiana, para que la decisión no sea arbitraria, debe obedecer a “razones poderosas”<sup>171</sup> que en este caso se justifican en razón de la obtención de la justicia material a la hora de juzgar temas de derechos humanos.

---

<sup>168</sup>*Ibidem*, p. 135.

<sup>169</sup>Alexy, Robert, *Teoría... cit.*, p. 386.

<sup>170</sup>*Ibidem*, p. 387 y 388.

<sup>171</sup>Sentencia C-194-95

No olvidemos que el control de convencionalidad y, en consecuencia, la posibilidad de inaplicar la jurisprudencia parte de una *visión extraterritorial* del derecho, en donde la unidad del derecho –el principio de igualdad- se extiende más allá de los límites de un Estado, fortaleciéndose así la conformación de un *ius constitutionale commune*.

El propósito de la jurisprudencia en términos generales, ya sea nacional o internacional, es obtener una interpretación uniforme del derecho en los casos que la realidad presenta a los jueces. Lo que se busca con el control de convencionalidad es conformar una verdadera *unidad interpretativa de los derechos humanos*, o como ha sido llamado, un modo de que el principio de igualdad de la jurisprudencia sea entendido no sólo entre los sujetos que habitan determinado Estado, sino entre todos los sujetos particulares que habitan los territorios de la comunidad internacional: “*un principio de igualdad internacional*”.

En consecuencia, la doctrina del “control de convencionalidad” se presenta como una de las herramientas más prácticas e inmediatas para alcanzar la igualdad material mediante la elaboración del *ius constitutionale commune*, en particular en cuanto una visión homogénea en materia de derechos fundamentales que, como anticipara Pablo Pérez Tremps<sup>172</sup>, parte de una *visión extraterritorial* en donde la unidad del derecho se extiende más allá de los límites de un Estado, fortalece la conformación de un *ius constitutionale commune*, en donde la valoración de un posible trato desigual tenga como fundamento el respeto de los derechos humanos.

Esto no es más que llevar el principio de universalidad de los derechos humanos a la esfera de la aplicación del derecho y la interpretación judicial, si todos los miembros de la raza humana sin distinción de nacionalidad, credo, edad, sexo, preferencias o cualquier otra, por el simple hecho de ser personas poseen la misma dignidad, debe existir un compromiso de todos los jueces nacionales e internacionales a encontrar siempre la mejor respuesta que optimice el derecho humano en su mayor magnitud, sin importar si esa respuesta es de fuente internacional o nacional.

---

<sup>172</sup>Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, México, Porrúa, 2005, p.84

### 3.5 Diálogo jurisprudencial

El éxito del control de convencionalidad y, por lo tanto, de la conformación del *ius constitutionale commune* se encuentra en lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha llamado “*diálogo jurisprudencial*”, en una viva interacción entre tribunales jurisdiccionales internacionales y nacionales. Ferrer Mac-Gregor incluso opina que este diálogo se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos comenzó a conformar esta doctrina del diálogo jurisprudencial al adoptar, con fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, criterios de otros tribunales internacionales, sobre todo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y más recientemente, en casos como *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, citando a tribunales nacionales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de Argentina y la Corte Constitucional de Colombia.

El diálogo entre Cortes requiere por parte de los tribunales internacionales auto exigirse a la hora de fijar estándares en la materia, deben ser creativos, responsables y comprometidos con la efectividad de los derechos humanos<sup>173</sup>, únicamente con estándares claros, firmes e innovadores podrán, a su vez, exigir más a las cortes nacionales<sup>174</sup>. Implica también, necesariamente, una capacitación permanente de los jueces nacionales sobre la dinámica de la jurisprudencia internacional, que los jueces nacionales no sólo se actualicen sobre los criterios que emitidos por sus símiles internacionales, sino que logren aplicar e incorporar la jurisprudencia internacional a sus resoluciones conforme técnicas interpretativas adecuadas y no la simple cita del precedente.

---

<sup>173</sup>Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, p. 13-15., p. 32

<sup>174</sup>Sagües, Néstor Pedro, “El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en Bogandy, Armin von et al., *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?*, UNAM, Instituto de la Judicatura Federal, Serie Doctrina Jurídica, Tomo II, 2010, p. 467.

En el caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se ha referido al diálogo jurisprudencial, en la contradicción de tesis 293/011 donde dijo que: "... tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación como el resto de las cortes supremas de los Estados de las Américas que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben mantener un diálogo jurisprudencial constante con el tribunal internacional, puesto que ambos tienen la misma finalidad: la protección de los derechos humanos. Es en este sentido que las relaciones entre esta Suprema Corte y la Corte Interamericana deben entenderse en términos de cooperación y colaboración".

Es otras palabras, nuestro máximo tribunal ha reconocido la necesidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación mantenga un diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos; determinó que el diálogo jurisprudencial no es entre jueces nacionales y los interamericanos, sino únicamente entre el máximo tribunal mexicano y dicho órgano internacional, excluyendo también a otros organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los comités de derechos humanos de la ONU, la Corte Internacional de Justicia, entre otros.

Nos parece incorrecta esta apreciación, pues el control de convencionalidad, exige que todos los jueces nacionales se conviertan en los "primeros jueces interamericanos", de modo que el diálogo jurisprudencial exige un mayor margen de interpretación de los jueces nacionales, al ser ellos los que –en palabras de la Corte Interamericana- tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros internacionales. Los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos<sup>175</sup>.

Prohibir que un juez nacional opte por la interpretación de otros tribunales y no el criterio obligatorio nacional detiene el diálogo que están llamados a hacer los

---

<sup>175</sup>García-Sayán, Diego, "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", en Corte IDH, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, 2005, p. 330.

tribunales imponiendo una sola respuesta: la de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Debemos superar la idea de que las más altas Cortes son siempre las que poseen la “mejor solución” en todos los temas jurídicos<sup>176</sup>. La facultad de ejercer control de convencionalidad de la jurisprudencia obligatoria con las normas y criterios de los tribunales internacionales, niega esta teoría la existencia de una sola respuesta correcta para la solución de un conflicto, admitiendo, como decía Guastini, que todo texto normativo -y más aún el de derechos humanos-, es susceptible de interpretaciones diversas, sincrónicamente conflictivas y diacrónicamente variables<sup>177</sup>.

Nuestro orden jurídico está planteado bajo una mentalidad tradicional binaria – correcto o incorrecto-, sin embargo, en la actualidad –y salvo contadas excepciones como la de Dworkin- ya nadie discute la existencia real de varias soluciones jurídicamente correctas, puesto que la pluralidad es un dato que puede constatarse empíricamente cada día. La experiencia señala que, con las mismas normas, los jueces dictan sentencias diferentes para supuestos de hecho aparentemente idénticos.<sup>178</sup>

Al juzgar temas de derechos humanos, los jueces, se encontrarán diariamente con la interpretación de un tribunal internacional sobre un derecho, la de su superior jerárquico nacional, o incluso pueden llegar a considerar que existe una mejor interpretación que aquella; no podríamos adelantar cuál sería la respuesta correcta para todos los casos, si la de la Corte Interamericana o la de los tribunales internos, como señala Aienza, pueden justificarse a menudo diversas respuestas que habría que considerar correctas<sup>179</sup>, en consecuencia, es necesario

---

<sup>176</sup>Esto es algo que ocurre habitualmente en todos los sistemas jurídicos, por ejemplo, en el caso norteamericano el canon constitucional está construido casi exclusivamente en términos de los casos de la Suprema Corte de Justicia, y este centralismo provoca que el estudio del derecho enfaticé únicamente en sus decisiones, a pesar de que la mayor parte del derecho constitucional es decidido por las cortes inferiores. Balkin, Jack, y Levinson, Sanford, “The canons of constitutional law”, *Harvard Law Review*, Massachusetts, 1998, 963, p. 1002.

<sup>177</sup>Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, traducción de Carbonell M. y Salazar P., Madrid, Trotta, 2008, p. 42.

<sup>178</sup>Nieto, Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, p. 159.

<sup>179</sup>Aienza, Manuel, *Cuestiones Judiciales*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, Fontamara, 2002, p. 21.

admitir que el juzgador goce de una auténtica discrecionalidad judicial al resolver el asunto que se le presenta.

Al respecto José Ramón Cossío y Roberto Lara Chagoyán han opinado<sup>180</sup>:

"... en el nuevo paradigma cobra sentido una concepción de la interpretación no formalista, en el que más que "descubrir" un significado oculto en la disposición (como puede ser calificado de falso o verdadero, como sucede en la vocación formalista) se admite la posibilidad de "atribución", "creación" o "asignación" del significado mismo, siempre que exista una adecuada motivación. De este modo, todas las interpretaciones son cuestionables, precisamente, porque no se consideran falsas o verdaderas, sino razonables, justas o más acordes con el principio pro persona".

Esto no necesariamente debe ser admitido en toda rama del derecho, como dijimos, nuestro sistema jurisprudencial, al otorgarle a ciertos órganos legitimados la autorización para fijar jurisprudencia obligatoria, se adscribe a la doctrina de la respuesta correcta con la finalidad de garantizar cierta unidad en la interpretación de la norma y, también, velar por el principio de igualdad, no obstante, cuando se habla de derechos humanos *es imposible arraigarse a dicha doctrina* en virtud de su naturaleza progresiva y el principio pro persona, que rigen su interpretación y *justifican el trato desigual de manera razonable*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos implícitamente lo ha admitido así en su jurisprudencia, al decir que "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales"<sup>181</sup>.

Asimismo, la doctrina del control de convencionalidad al exigir que el juez nacional deba, siempre, aplicar la norma o su interpretación más favorable al individuo para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, requiere abandonar la idea de que los casos deberán resolverse siempre de la misma forma, de manera que, en el supuesto de que un juez se

---

<sup>180</sup> Cossío, José Ramón, y Lara Chagoyán, Roberto "Derechos... op.cit., pp. 99-100.

<sup>181</sup> Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 115.

encuentre ante varias posibles interpretaciones sobre un derecho humano, pueda optar por aquella interpretación –nacional o internacional- que mayor beneficie a la persona y, por lo tanto, renunciar, en definitiva, a la concepción mecanista de la tarea judicial. La elección de cualquiera de ellas ha de entenderse legitimada por el sistema normativo.

La decisión del juez es una manifestación de justicia procesal, una tarea realizada desde las normas vigentes en un ordenamiento jurídico. Pero eso no lo exime de la búsqueda de la solución correcta para el caso concreto, en términos de justicia material. Disponiendo de un poder discrecional, *the sovereign prerogative of choice* –en palabras del juez Oliver Wendell Holmes Jr.-, para la elección entre una y otra alternativa<sup>182</sup>. Justicia formal y justicia material deben implicarse plena y simultáneamente en la tarea de juzgar<sup>183</sup>.

Es por ello que encontramos la respuesta en realizar una distinción entre la jurisprudencia obligatoria en general y aquella que explícita o implícitamente interprete derechos humanos, como en el caso colombiano, realizar una distinción en razón de materia que permita a los jueces nacionales analizar temas de derechos humanos, determinar cuál es la interpretación que mejor beneficia al individuo en el caso concreto y, en caso de que exista una jurisprudencia interna contraria a esa interpretación más favorable, dejar de aplicarla válidamente. Recordemos que el mayor reto del juzgador al momento de decidir es determinar qué es efectivo en el caso concreto<sup>184</sup> y, optar por la interpretación más justa, es siempre, lo más razonable<sup>185</sup>.

Como ya vimos, tratándose de derechos humanos en donde es necesario utilizar técnicas interpretativas distintas como el principio pro persona y la ponderación, no podemos afirmar que exista un solo modo de resolver los casos, lo que existe son distintas formas o maneras de hacerlo, algunas correctas, otras

---

<sup>182</sup>Orozco Muñoz, Martín, *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Navarra, Aranzadi, 2011, p. 108, 109.

<sup>183</sup>Pérez Luño, Antonio, *op.cit.*, p. 169.

<sup>184</sup>Rubio Escobar, René, “El principio de efectividad del juicio de amparo en el marco de la reforma constitucional”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, No. 32, 2011, p. 219

<sup>185</sup>Explica Borda, por ejemplo, que “si de un texto legal pueden resultar dos o más interpretaciones distintas, debe preferirse aquella que sea más justa y que resuelva con mayor acierto y equidad los intereses en juego”, Borda, Guillermo, *Tratado de derecho civil*. 4ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1965, p.209.

no tanto, pero al final, la decisión de optar por una de ellas es del juzgador. Como decía Jackson -refiriéndose a la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos- “no somos finales porque somos infalibles, somos infalibles porque somos finales”<sup>186</sup>, es decir, los tribunales supremos pueden estar en el error, afirmar que no lo están es una ficción creada únicamente en razón de su superioridad jerárquica.

Negar la posibilidad de que los tribunales inferiores inapliquen la jurisprudencia significa imponer una barrera competencial, lo cual resulta incompatible a la luz de los derechos, pues con ello se niega que éstos puedan ser comprendidos y accesibles a toda persona que éste dispuesta a ofrecer argumentos razonables al respecto y, además, se estaría asumiendo que sólo ciertos órganos cuentan con la capacidad suficiente para argumentar sobre lo que exigen los derechos<sup>187</sup>.

Como señalan José Ramón Cossío y Roberto Lara Chagoyán, al final de cuentas, el control difuso de convencionalidad no es otra cosa que un concierto discursivo racional en el que se considera que los jueces ordinarios son suficientemente capaces y dignos de justificar una decisión de tal magnitud, como lo es determinar que una jurisprudencia obligatoria es contraria a los derechos humanos<sup>188</sup>.

Por lo tanto, la imposición de una única solución, puede provocar que estemos repitiendo decisiones incorrectas, lo cual incide directamente en la efectividad de los derechos humanos y en la conformación del *ius constitutionale commune* volviendo un esclavo al intérprete jurídico de la decisión posiblemente errónea de sus superiores, un ser inanimado -en palabras de Montesquieu- ante la jurisprudencia obligatoria.

Un verdadero diálogo jurisprudencial, debe partir de la premisa de que todos los jueces están llamados a enriquecer ese *ius constitutionale commune*, entender que habrá ocasiones en que el trabajo de los tribunales inferiores pueda ser

---

<sup>186</sup>Wienreb, Lloyd L., *Legal Reason. The use of analogy in legal argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 151.

<sup>187</sup> Cossío, José Ramón, y Lara Chagoyán, Roberto “Derechos... op.cit., p. 97.

<sup>188</sup> Cossío, José Ramón, y Lara Chagoyán, Roberto “Derechos... op.cit., 107.

provechoso e inspire futuras decisiones de la Suprema Corte de Justicia o incluso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El flujo jurisprudencial va desde arriba hacia abajo, desde abajo hacia arriba y horizontalmente, de un juez o tribunal nacional hacia los demás órganos judiciales, de ese país y de los demás.

Para que ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita<sup>189</sup>. Hablamos entonces de que todos los jueces, superiores e inferiores, puedan interpretar los derechos humanos con una visión universal de la forma en cómo otros tribunales resuelven problemas jurídicos que, en la mayoría de los casos, son coincidentes con los fenómenos ocurridos dentro del sistema interno<sup>190</sup>, en ese tenor, el control de convencionalidad y la posibilidad inaplicación de la jurisprudencia obligatoria, lejos de comprometer la seguridad jurídica y el principio de igualdad de la persona, propicia la creación de estándares comunes en materia de derechos humanos en todos los países de la comunidad internacional y, por lo tanto, de una unidad interpretativa de derechos.

---

<sup>189</sup>Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán, p. 33.

Angulo, Luis F., "El perfil del juzgador de la décima época" *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, No. 20, julio-diciembre de 2012, p. 9.

## Conclusiones

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 motivó el inicio de una nueva época en la impartición de justicia en México. Ahora, todos los órganos del Estado enfrentan un reto histórico para afianzarse como garantes de los derechos fundamentales y, en definitiva, de alcanzar el “imperio de la justicia” del que hablaba Ronald Dworkin.

El problema central de la ciencia jurídica es y ha sido siempre encontrar “qué es lo justo”, no obstante, dar a cada quien lo suyo –en palabras de Aristóteles- no es tarea sencilla, lo que le corresponde a una persona es distinto de lo que le corresponde a otra, lo justo en un caso, no será siempre lo justo para otro.

El nuevo modelo constitucional, con la inclusión del principio pro persona en el artículo 1º, implica despojarnos de un conjunto de lastres iuspositivistas que ven en el juez a un ser autómatas encargado únicamente de aplicar normas. Como se demostró en este trabajo, el orden jurídico que los jueces diariamente aplican al juzgar incluye a aquellas normas que el legislador aprueba mediante los mecanismos democráticos de expedición legislativa, como también a los criterios que los órganos del Poder Judicial de la Federación emiten y que, conforme a los procedimientos previstos en la Ley, constituyen jurisprudencia obligatoria.

La tarea de los jueces es determinar qué es “lo justo” en cada caso que resuelven y, por lo tanto, la labor que ahora están llamados a realizar, como garantes de la constitución y los derechos humanos reconocidos en ella, es un rol activo y no de simples espectadores. El mandato de los jueces en un Estado Constitucional de Derecho es atreverse a pensar y no dejar que los saberes transmitidos determinen sus resoluciones, es cierto que están sujetos al imperio de la ley y en nuestro sistema a la jurisprudencia obligatoria, mas no deberá perderse de vista que el papel del juzgador será siempre el de impartir justicia mediante de la búsqueda de la mejor respuesta.

La prohibición expresa por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la Contradicción de Tesis 299/2013 de que los jueces puedan realizar control de convencionalidad sobre la jurisprudencia obligatoria, constituye un límite

a los propios juzgadores para que encuentren esa respuesta correcta y que establezcan “lo justo” a cada caso, dotándosele incluso de mayor fuerza que a la propia norma que sí puede ser inaplicada en ejercicio de dicho control.

El resultado de esta regla inquebrantable establecida por nuestro máximo tribunales mayúscula, implica considerar que los derechos humanos son aquellos que han sido desarrollados por la Corte -y nada más-, negar la posibilidad de que jueces inferiores tengan la capacidad de resolver temas de derechos humanos adecuadamente, sucumbir ante la búsqueda de mejores respuestas y, en definitiva, automatizar nuevamente a todos los jueces del país.

El problema surge en el hecho de que el sistema jurisprudencial mexicano es de tal rigidez que no permite que los tribunales inferiores puedan apartarse del criterio de su superior jerárquico por ningún motivo, incluso bajo el riesgo de ser sancionados administrativamente por el Consejo de la Judicatura Federal. El procedimiento de sustitución de la jurisprudencia no produce efectos sobre el caso que motivó la sustitución y, por ende, no es un recurso adecuado ni efectivo en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Podemos hablar entonces de la inexistencia de un recurso que garantice la efectiva garantía de los derechos humanos cuando exista jurisprudencia obligatoria del Poder Judicial de la Federación en contrario, y en consecuencia, de una violación al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es cierto que la inflexibilidad de la jurisprudencia en México busca fortalecer los principios de seguridad jurídica e igualdad en nuestro derecho para que toda persona sepa que su caso va a ser decidido de la misma forma que otro similar, es por ello que para formular la propuesta de este trabajo, como sugiere también Pedro Sagües, debemos re estudiar ambos conceptos bajo el nuevo modelo de Estado constitucional de derechos.

Primeramente, se pudo concluir que el Estado de Derecho no se agota en la simple *rule of law*, sino que se apoya en una concepción ética de la política y del Derecho. Lo que se busca con el control de convencionalidad de ninguna manera es restarle valor a la seguridad jurídica, sino apoyar esta concepción del Estado social y de justicia, encontrando la relación del derecho con los valores morales de

la sociedad, orientados al bien supremo de la persona y a la realización plena de sus fines existenciales. Cuando el juez se aparta de un criterio de manera seria, responsable y rectamente inspirado, no atenta contra la seguridad jurídica, sino que especifica y refuerza sociológicamente la fuerza normativa de la Constitución.

Asimismo, se sostuvo que con la imposibilidad de ejercer control de convencionalidad de la jurisprudencia nacional se desconoce la naturaleza misma del principio de igualdad, el cual, tomando en cuenta la exigencia de razonabilidad, puede plantearse como sugiere Alexy "si no hay ninguna razón suficiente para la permisión del trato desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual". En ese tenor, el mandato de igualdad exige a los jueces distanciarse del criterio de su superior cuando razonablemente encuentren motivos suficientes para hacerlo.

El control de convencionalidad parte de una visión extraterritorial del principio de igualdad, en donde la unidad del derecho se extiende más allá de los límites de un Estado. Se pretende conformar una verdadera unidad interpretativa de los derechos humanos, o como ha sido llamado, un *ius constitutionale commune*, de modo que el principio de igualdad de la jurisprudencia sea entendido no sólo entre los sujetos que habitan determinado Estado, sino entre todos los sujetos particulares que habitan los territorios de la comunidad internacional, "un principio de igualdad internacional".

La prohibición expresa de realizar control de convencionalidad de la jurisprudencia impide la conformación de ese *ius constitutionale commune*, y en consecuencia, de la materialización del principio de igualdad. Necesitamos jueces que sean capaces de formar parte del diálogo jurisprudencial entre Cortes que ha llamado a realizar la Corte Interamericana de Derechos Humanos: La imposibilidad de inaplicar una jurisprudencia nacional, limita el diálogo e impone una única respuesta en temas de derechos humanos en nuestro país: la de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En palabras del ministro Cossío "ni los ministros son infalibles -y nada de extraordinario hay en ello-, ni podemos consentir una actitud de soberbia

institucional al considerar que la Corte sólo se corrige a sí misma, ya que ello implicaría desconocer el alcance del principio pro persona"<sup>191</sup>.

Impedir extender los alcances del control de convencionalidad a la jurisprudencia desconoce que los derechos humanos, incluido el principio de igualdad, son mandatos de optimización cuya interpretación requiere de técnicas hermenéuticas distintas a la subsunción, entre ellas, el principio pro persona y el ejercicio de ponderación. La interpretación de derechos humanos implica necesariamente dotar a los jueces de mayor discrecionalidad, ya que cuando se analizan temas de derechos humanos las respuestas no son categóricas, puede ampliarse el contenido de los derechos e incluso reconocerse nuevos a través de la jurisprudencia. En cada caso, el juez debe determinar cuál es la mejor manera de dar alcance a los derechos en juego, ya sea aplicando el criterio de un tribunal internacional, de un órgano local o incluso proponer una nueva interpretación del derecho en cuestión.

Así, se arribó a la conclusión de que debe reconocerse, como lo hizo la Corte Constitucional Colombiana con la acción de tutela (mecanismo de protección de derechos fundamentales similar al amparo mexicano), la necesidad de establecer una excepción a la regla de obligatoriedad del precedente en México, planteada en la siguiente forma: cuando la jurisprudencia analice temas de derechos humanos, los jueces podrán apartarse del criterio obligatorio con fundamento en el principio pro persona, siempre que expresen las razones que ameriten el distanciamiento.

De este modo, los jueces tendrán la posibilidad de ejercer el control de convencionalidad de la jurisprudencia obligatoria que aborde temas de derechos humanos –nacional o internacional-, podrán utilizar las técnicas interpretativas propias de un Derecho conformado por normas y principios, y en definitiva, podrán, en observancia al artículo 1° constitucional, interpretar los derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales de la materia garantizando en todo momento la protección más amplia a la persona.

---

<sup>191</sup> Cossío, José Ramón, y Lara Chagoyán, Roberto "Derechos... op.cit., p. 978

Lo anterior no es una tarea sencilla, incluso Dworkin refería que necesitaríamos de jueces “superhéroes” para lograrlo, sin embargo, si bien no podemos exigir que los jueces sean infalibles y que encuentren siempre la respuesta adecuada, sí podemos reclamar que por lo menos puedan intentarlo.

## Bibliografía

ABASCAL CARRANZA, Salvador, “Derechos humanos, seguridad y justicia”, en Peñaloza, Pedro José y Garza Salinas, Mario A. (coords.), *Los desafíos de la seguridad pública en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

ACOSTA ROMERO, Miguel y PÉREZ FONSECA, Alfonso, *Derecho jurisprudencial Mexicano*, 2ª ed., México, Porrúa, 2000.

AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000.

ALBANESE, Susana, y BIDART CAMPOS, José, *Derecho internacional, derechos humanos y derecho comunitario*, Buenos Aires, Ediar, 1998.

ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, México, Fontamara, 2010.

\_\_\_\_\_, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ALLIER CAMPIZANO, Jaime, “Presente y futuro de la jurisprudencia mexicana”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, No. 35, 2013.

ALVARADO, Miguel, “La jurisprudencia en la nueva ley de amparo”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, No. 35, 2013.

\_\_\_\_\_, “Las veinticinco principales reglas de la obligatoriedad de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación”, *Criterio y Conducta*, México, No. 9, Enero-Junio de 2011.

ANGULO, Luis F., “El perfil del juzgador de la décima época” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, No. 20, julio-diciembre de 2012.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, 8ª. ed., México, Porrúa, 1986.

\_\_\_\_\_, *El juicio de amparo*, 6ª ed. México, Porrúa, 2000.

ATIENZA, Manuel, *Cuestiones Judiciales*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, Fontamara, 2002.

BAZÁN, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Cuyo, No. 18, julio-diciembre de 2011.

BALKIN, Jack, y LEVINSON, Sanford, “The canons of constitutional law”, *Harvard Law Review*, Massachusetts, 1998.

BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil*. 4ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1965.

BULYGIN, Eugenio, “Creación judicial del Derecho”, en Bulygin, Eugenio, *et al.*, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, Madrid, Autor-Editor, 2009.

BURGOA, Ignacio, *El juicio de Amparo*, 35ª ed., México, Porrúa, 1999.

CABALLERO OCHOA, José Luis “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (Artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

CABRERA ACEVEDO, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia a Principio del Siglo XX 1901-1914*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1993.

\_\_\_\_\_, “La jurisprudencia”, en Díaz Infante, Ernesto, *Suprema Corte de Justicia y el Pensamiento Jurídico*, México, SCJN, 1995.

CALVO VIDAL, Félix, *La jurisprudencia: ¿Fuente de derecho?*, Valladolid, 1992.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, México, Nueva Serie, Año XXVII, No. 83, Mayo-Agosto de 1995.

CASTILLA, Karlos. “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen IX, 2011.

CASTILLO, Leonel, “Sistema rector de la jurisprudencia electoral”, *Quid Juris*, Chihuahua, Año 1, Volumen 3, 2006.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Fuentes del Derecho Civil Español*, Madrid, Residencia de Estudiantes, 1922.

CORZO ACEVES, Víctor Emilio y CORZO ACEVES, Eduardo, *La aplicación del Derecho Internacional en México: una visión crítica*, México, INACIPE, 2012.

CORZO SOSA, Edgar, *Nueva Ley de Amparo*, México, Tirant lo Blanch, Colección Reformas, 2013.

\_\_\_\_\_, “Control constitucional, instrumentos internacionales y bloque de constitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, et al. (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional*, México, UNAM-Marcial Pons, Tomo IV, 2008.

COSSÍO, José Ramón, *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008.

\_\_\_\_\_, “Primeras implicaciones del caso Radilla” *Cuestiones Constitucionales*, México, No. 26, enero-junio de 2012.

\_\_\_\_\_, y LARA Chagoyán, Roberto “Derechos Humanos o Jurisprudencia Infalible” *Cuestiones Constitucionales*, México, No. 32, enero-junio de 2015, pp. 81-109.

DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, 9° ed., Barcelona, Bosch, 1991.

DÍEZ-PICAZO, Luis, “La Doctrina de las Fuentes del Derecho” *Anuario de Derecho Civil*, España, Volumen 37, No. 4, octubre-diciembre de 1984.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guatavino, Barcelona, Ariel, 2012.

EZQUIAGA, Francisco Javier, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, *Isonomía*, México, No. 1, octubre de 1994.

FASSÓ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, traducción de José F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide, 1978, Volumen III.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Control de convencionalidad (sede interna)”, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, PJF-UNAM, Tomo I, 2013.

\_\_\_\_\_, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” *Estudios Constitucionales*, Año 9, No. 2, 2011.

\_\_\_\_\_, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

\_\_\_\_\_, y SILVA GARCÍA, Fernando, “Homicidios de mujeres por razón de género. El Caso Campo Algodonero”, en Von Bogandy, Armin et al., (coords.), *La*

*justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Max Planck Institut, 2010, Tomo II.

\_\_\_\_\_, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El Nuevo Juicio de Amparo*, México, Porrúa, 2013.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2ª ed. México, CNDH, Volúmenes 91-95 de Colección Manuales, 1999.

FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1991.

FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Gloucester, Peter Smith, 1970.

GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889, Tomo I.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy”, en Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, México, Fontamara, 2010.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, “Interpretación General e Interpretación Jurídica”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, Tomo IX, No. 35 y 23, julio-diciembre de 1947.

GARCÍA-SAYÁN, Diego, “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en Corte IDH, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, 2005.

GÓMEZ-ROBLEDO, Alonzo, *Derechos humanos en el sistema interamericano*, México, Porrúa-UNAM, 2000.

GÓMEZ DE SILVA, G., *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

GOODHART, Arthur, “Precedent in English and Continental Law”, *Law Quarterly Review*, Oxford, No. 50, 1934.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Marina Gascón y Miguel Carbonell (traductores), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.

\_\_\_\_\_, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, traducción de J. Ferrar, Barcelona, Gedisa, 1999.

\_\_\_\_\_, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, traducción de Carbonell M. y Salazar P., Madrid, Trotta, 2008.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Fautinio, *Diccionario de Derecho Romano*, 4ª ed., Madrid, Reus, 1995.

HALPÉRIN, Jean-Louis, "Orígenes de la Noción Moderna de Jurisprudencia, en una Obra Jurídica del Tribunal de Casación bajo la Revolución Francesa" en Petit Calvo, Carlos (coord.), *Derecho Privado y Revolución Burguesa, II Seminario de Historia del Derecho*, Gerona, Marcial Pons, 1990.

HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro Carrió, 2ª ed., México, Editorial Nacional.

HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo, *La mente jurídica. El razonamiento jurídico y sus formas de expresión argumentativa*. México, Novum, 2014.

HUBER OLEA, Francisco José, "Diccionario de Derecho Romano, 7ª ed., México, Porrúa, 2000.

ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el common law*, Madrid, Civitas, 1995.

JINESTA L., Ernesto, "Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana y los jueces nacionales*, México, FUNDA, 2012.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2º ed., México, Textos Universitarios, UNAM, 1983.

\_\_\_\_\_, *Teoría Pura del Derecho*, traducción de Roberto J. Verenegro, 16ª edición, México, Porrúa, 2011.

KUNKEI, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, traducción de Juan Miquel, 8ª. ed. Barcelona, Ariel, 1982.

LARA GUADARRAMA, Mauricio, *Análisis crítico de la Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación*, México, SCJN, 2007.

LEVI, Edward, *Introducción al razonamiento jurídico*, traducción de G. Carrió, Buenos Aires, Universitaria, 1971.

LÓPEZ MONROY, José de Jesús y PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, “Obligación” *Diccionario Jurídico Mexicano*, 8ª. ed., México, Porrúa, Tomo I-O, 1995.

MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 2003.

MONDRAGÓN REYES, Salvador. “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, No. 29, junio de 2010.

MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, traducción de Mercedes Blázquez y Pedro Vega, Madrid, Tecnos 1998.

NASH, Claudio, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*, México, Fontamara 2010.

NAWIASKY, Hans, *Teoría General del Derecho*, 2ª. ed., México, Editora Nacional, 1981.

NIETO, Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, Trotta, 2007.

NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª. ed., Buenos Aires, Astrea, 1980.

NOCERA, GUGLIELMO, *Iurisprudentia. Per una Storia del Pensiero Giuridico Romano*, Roma, Bulsoni, 1973, citado por Tamayo y Salmorán, Rolando, “El modelo científico de la Primera Jurisprudencia”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Palma de Mallorca, No. 8, 1984.

OROZCO MUÑOZ, Martín, *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Navarra, Aranzadi, 2011.

ORTEGA Y GASSET, J., Prólogo a una edición de sus obras, en *Obras completas*, Alianza Editorial & Revista del Occidente, Madrid, 1983, Volumen 6.

OTTO, Ignacio de, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988.

PALACIOS, José Ramón, *Instituciones de Amparo*, 2ª. ed., México, Editorial José M. Cajica Jr., 1969.

PÉREZ LUÑO, Antonio, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Madrid, La Ley, 2011.

PÉREZ TREMPES, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, México, Porrúa, 2005.

PINA, Rafael de, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, 15ª ed., México, Porrúa, Volumen 4, 1986.

\_\_\_\_\_ y PINA Vara, Rafael de, *Diccionario de Derecho*, 27ª ed., México, Porrúa, 1999.

PIOVESAN, Flavia, “Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos”, *Sur, Revista internacional de derechos humanos*, São Paulo, No. 1, Volumen 1, 2004.

PIZA ROCAFORT, Rodolfo E. y Trejos, Gerardo, *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, San José, Juricentro, 1989.

POMORSKI, Stanislaw, *American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Legge*, 2a ed., The Hague Mouton, 1975.

POZZOLO, Susana, “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

PRIETO SANCHÍS, Luis, “Prólogo”, en García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

\_\_\_\_\_ “*Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, No. 5, 2001.

PUSEY, Merlo J., *Charles Evans Hughes*, New York, The Macmillan Company, 1952, Volumen 1.

RÁBAGO DORBECKER, Miguel, “El avance de los derechos humanos en las opiniones consultivas de la corte interamericana de derechos humanos”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 5ª. ed., México, Porrúa, 2001.

RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor M., “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Méndez, Juan y Cox, Francisco (editores) *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.

ROSSLER, James Brian, “Prospective Applications of Judicial Decisions”, *Alabama Law Review*, Alabama, Volumen 33, No. 2, 1982.

RUBIO ESCOBAR, René, “El principio de efectividad del juicio de amparo en el marco de la reforma constitucional”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, No. 32, 2011.

SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, “La respuesta de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad y sus consecuencias” en García Ramírez, Sergio (coord.), *Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

SAGÜES, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo” en Bogandy, Armin von et al., *Construcción y papel de los derechos fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune*, UNAM, Instituto de la Judicatura Federal, Serie Doctrina Jurídicas, No, 165, México, 2011.

\_\_\_\_\_, “El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en Bogandy, Armin von et al., *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, UNAM, Instituto de la Judicatura Federal, Serie Doctrina Jurídica, Tomo II, 2010.

\_\_\_\_\_, *La interpretación judicial de la constitución*, Segunda Edición, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

\_\_\_\_\_, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, No. 1, 2010.

- SOBERANES DÍEZ, *La jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación*, México, Porrúa, 2013.
- SUDRÉ, Frédéric, *A propos du “dialogue de judges” et du controle de constitutionnalité*, París, Pedone, 2004.
- VILLORO TORANZO, Miguel, “La norma jurídica y sus caracteres”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, Tomo XXVIII, No. 111, 1978.
- WENDELL HOLMES JR., Oliver, *La senda del derecho*, traducción de José Ignacio Solar Cayón, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- WIENREB, Lloyd L., *Legal Reason. The use of analogy in legal argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio, “Notas sobre la Jurisprudencia”, en Ferreres, Víctor y Xiol Ríos, Juan Antonio, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, México, Fontamara, 2010.
- ZERTUCHE GARCÍA, Héctor Gerardo, *La jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano*, México, Porrúa, 1990.
- ZANDER, Michael, *The Law Making Process*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1989.