

La restricción constitucional absoluta en el caso de la prohibición de reinstalar en su cargo a los miembros de las institucionales policiales en México

Luis Bradis Saldaña Alonso
Xochithl Guadalupe Rangel Romero

Resumen

Con la reforma del año 2011 en materia de derechos humanos, se generó un nuevo modelo de regularidad constitucional. Por lo cual, las restricciones constitucionales y la visualización de la prevalencia del contenido constitucional deben analizarse de forma más amplia y pertinente en conjunción con el principio pro-persona y las cláusulas de interpretación conforme para proveer un mejor derecho. Este trabajo tiene como encomienda principal, analizar si las cláusulas de restricción constitucional anulan o no el principio de pro-persona, las cláusulas de interpretación conforme, y el adecuado ejercicio del control difuso de convencionalidad. Lo anterior, se realizará con un estudio descriptivo de la norma y con contenido específico jurisprudencial que ha estable-

Abstract

With the reform of 2011 in the field of human rights, a new model of constitutional regularity was generated. Constitutional restrictions and the visualization of the prevalence of constitutional content should be analyzed in a broader and more relevant manner, in conjunction with the pro-person principle and the conforming interpretation clauses. The main task of this work is to analyze whether the clauses of constitutional restrictions annul or not the pro-person principle, the clauses of conforming interpretation, and the adequate exercise of diffuse control of conventionality. The foregoing will be carried out with a descriptive study of the norm and with specific jurisprudential content

Artículo recibido el 10 de junio de 2019 y aceptado para su publicación el 21 de febrero de 2020.

Rangel, X. G., y Saldaña, L. B. | Pp. 67-95

cido la Suprema Corte de Justicia de la Nación para el caso específico de la prohibición de reinstalar en su cargo a los miembros de las instituciones policiales.

Palabras clave

Derechos humanos, restricción constitucional, interpretación conforme, pro-persona, control difuso de convencionalidad.

that has been established by the Supreme Court of Justice of the Nation.

Key words

Human rights, constitutional restrictions, conforming interpretation, pro-person, diffuse control.

Introducción

Con la llegada el 10 de junio de 2011 de la reforma en materia de derecho humanos, se generó un nuevo modelo de regularidad constitucional, a través del reconocimiento de diversas pautas interpretativas y el establecimiento de un catálogo de derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados de los que México es parte, con el objeto de favorecer a las personas en todo momento.

Los derechos humanos, con independencia de su fuente, constituyen el parámetro de control de regularidad conforme al cual debe analizarse la validez de todas las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano. Sin embargo, dicho criterio se matizó bajo el principio de la no contradicción con la Constitución, al resolverse que cuando en la Constitución exista una restricción expresa al goce y ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional. Con esto, las restricciones constitucionales se constituyen en reglas absolutas y generales que hacen prevalecer siempre al texto constitucional, sin posibilidad de emprender un ejercicio de armonización o de ponderación entre derechos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (más adelante, SCJN) se ha decantado en lo relativo a las restricciones en el goce de los derechos humanos previstas en la Constitución. Sin embargo, la posición que ha asumido la SCJN no contribuye a una correcta impartición de justicia por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales en materia

de protección de derechos humanos, sino que la incorporación de una cláusula de no contradicción con la Carta Magna, abre la puerta a posibles violaciones a derechos humanos e, incluso, a una potencial condena contra el Estado mexicano en sede internacional al no acatar las normas convencionales. Ello porque se excluye de forma absoluta y general la posibilidad de someter a escrutinio judicial las restricciones al ejercicio de los derechos humanos contenidas en la Constitución, como es el caso de la prohibición de reinstalar en su cargo a los miembros de las corporaciones policiacas, a pesar de tratarse de una remoción, cese o baja injustificada, cuyo supuesto encuentra protección en el Protocolo de San Salvador.

Reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos

Reforma constitucional: sus alcances

El 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 apartado B, y 105, fracción II). La reforma al primer párrafo del artículo 1, eleva a rango constitucional las normas de derechos humanos de fuente internacional, de manera que éstas servirán al igual que las normas constitucionales, como parámetro de la regularidad de los actos, omisiones y el resto de las normas del ordenamiento; de donde surge que los jueces nacionales, en los asuntos de su competencia, deben realizar el estudio y análisis *ex officio* sobre la convencionalidad de las normas de derechos humanos.

En el párrafo segundo, se incorpora el sistema de interpretación conforme, al tiempo que se realza el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos mediante la expresión clara del principio *pro persona* como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, privilegiando aquéllas que brinden mayor protección a la persona.

Criterios interpretativos de las normas de derechos humanos previstos en la reforma constitucional en materia de derechos humanos

Regularmente los derechos se establecen en las constituciones sin precisar cuál es su significado concreto, por lo que es necesario desarrollar un ejercicio interpretativo de los mismos para su debida aplicación a un caso en particular. Este ejercicio, que alcanza las normas nacionales e internacionales de derechos humanos, está sujeto a reglas específicas. En esta labor “los órganos jurisdiccionales asumen un rol trascendental, en la medida en que la interpretación jurídica que debe prevalecer es la que desarrollen éstos” (García y Morales, 2011, p. 90), de acuerdo con diversos métodos o pautas. En la doctrina se habla de cuatro teorías de interpretación de derechos humanos: positivista, del orden de los valores, institucional y jusnaturalista crítica (Peña, 2017, pp. 301-316). No obstante, estas teorías no serán desarrolladas en este lugar, ya que su explicación excede con mucho los propósitos de la presente investigación.

En cuanto a este tema, los primeros tres párrafos del artículo 1 de la Constitución³ son la base de un nuevo modelo de interpretación y aplicación de las normas jurídicas integradoras del sistema jurídico mexicano. El segundo párrafo ordena que las normas sobre derechos humanos sean interpretadas acorde o de conformidad con la Constitución y disposiciones del derecho internacional de los derechos huma-

³ Artículo 1: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

nos, en cuyo ejercicio debe privilegiarse en todo momento la interpretación más favorable a la persona. De esta directriz constitucional se extraen dos métodos interpretativos de los derechos humanos, la cláusula de interpretación conforme y principio *pro persona*.

Cláusula de interpretación conforme

Uno de los métodos constitucionales para alcanzar la armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional es mediante la denominada cláusula de interpretación conforme, la que ha sido definida por Ferrer Mac-Gregor (2012) como la “técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales, para lograr su mayor eficacia y protección” (p. 357-358).

En esa lógica, dicha cláusula se trata de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunos casos, inaplicar la norma internacional y, en otros, la norma nacional, según la que tenga un menor alcance protector, en términos del principio *pro persona*, y derivado también de la obligación general de respetar los derechos y libertades contenidas en los tratados internacionales (Ferrer, 2012, p. 358-359).

Para el juez de la Corte IDH, los destinatarios de la interpretación conforme son las autoridades o particulares, de manera que los jueces, legisladores, y órganos de la administración pública, deben acudir a esta pauta interpretativa, cuyo objeto y materia son los derechos humanos tanto de rango constitucional como infra constitucional, sin importar su jerarquía normativa, así como normas sustantivas y adjetivas. La expresión *tratados internacionales* prevista en dicho criterio debe leerse bajo la connotación a que se refiere el artículo 2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT).⁴

⁴ Dicha disposición normativa señala: “Para los efectos de la presente Convención. Se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

Asimismo destaca que la cláusula de interpretación conforme contiene un principio de armonización entre la Constitución y los tratados internacionales de los que México sea parte; así, cuando la ley fundamental señala que las normas de derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales, no se está refiriendo a dos interpretaciones sucesivas, primero la interpretación conforme a la Constitución y luego la interpretación conforme al tratado internacional, sino a una interpretación conforme que armonice ambas. Entonces esto implica una función hermenéutica, cuyo objetivo es la armonización de interpretaciones obtenidas de la Constitución y tratados internacionales, y de entre las posibles interpretaciones se deberá elegir aquélla que proteja de mejor forma a la persona, conforme al principio *pro persona* (Ferrer, 2012, pp. 363-368).

De ahí que, en el marco del sistema de interpretación constitucional, la implementación de un ejercicio de interpretación conforme persigue dos objetivos: a) asegurar la ampliación de las normas de derechos humanos para que resulten más protectoras, y b) abonar al proceso de integración normativa de cara al fortalecimiento y funcionalidad del sistema jurídico en cuanto a su relación con los derechos humanos.

No obstante, la interpretación conforme opera en un plano *extrasistema e intrasistema*. Bajo la primera hipótesis, todas las normas, con independencia de su posición u origen normativo, deben ser interpretadas a la luz de esta cláusula con la finalidad de garantizar el respeto de los derechos humanos. El segundo supuesto radica en que las normas de derechos humanos, cuyo origen radique en la propia Constitución o en los tratados internacionales, también deben ser objeto de remisiones interpretativas por medio de este sistema.

Lo anterior implica que ni la Constitución ni los tratados internacionales están exentos para el desarrollo de este ejercicio interpretativo, esto es, todas las normas del sistema jurídico, incluidas las constitucionales, sean de fuente convencional o constitucional, son objeto de remisión interpretativa, en términos de lo ordenado en el segundo párrafo del artículo 1 constitucional. Lo cual significa que a virtud de la interpretación conforme es posible visualizar, en un mismo plano, tanto a la Constitución como a los tratados internacionales y demás orde-

namientos en materia de derechos humanos (Caballero y García, 2016, pp. 37-43).

Por otra parte, es criterio de la SCJN⁵ que la interpretación conforme implica que si una norma admite dos o más entendimientos posibles, se debe elegir, de ser posible, aquella interpretación mediante la cual sea factible preservar la constitucionalidad de la norma impugnada, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante renovación del orden jurídico. Asimismo, ha establecido que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (principio *pro persona*). De manera que dicho mandato implica que una ley no puede declararse nula cuando pueda interpretarse en consonancia con la Constitución y con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dada su presunción de constitucionalidad y convencionalidad.

Por lo que, antes de considerar a una norma jurídica como constitucionalmente inválida, es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución y que le permita, por tanto, subsistir dentro del ordenamiento; de manera que sólo en el caso de que exista una clara incompatibilidad o una contradicción insalvable entre la norma ordinaria y la Constitución, procedería a declararla inconstitucional.

Es decir —aclara la SCJN—, los tribunales, en el marco de sus competencias, sólo pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando no resulte posible una interpretación conforme con la Constitución, por tanto, el principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución, se ve reforzado por el principio *pro persona*, contenido en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual obliga a maximizar la interpretación conforme en aquellos escenarios en los cuales dicha inter-

⁵ Jurisprudencia 1a./J. 37/2017 (10a.) de rubro: INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, libro 42, mayo de 2017, tomo I, página 239.

pretación permita la efectividad de los derechos fundamentales de las personas frente al vacío legislativo que puede provocar una declaración de inconstitucionalidad de la norma.

Principio *pro persona*

El segundo párrafo del artículo 1 constitucional no sólo establece que la interpretación de normas sobre derechos humanos se hará de conformidad con la Constitución y los tratados, sino también indica: “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. De lo que se extrae el principio de interpretación *pro persona*.

Para Mónica Pinto, dicho principio es el “criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria” (citada en Castañeda, 2018, p. 16).

En el ámbito internacional, el principio *pro persona* se encuentra reconocido a través de diversas cláusulas, en múltiples tratados internacionales. De manera enunciativa se pueden destacar: Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁷ Convención sobre la eliminación de todas las formas

⁶ Artículo 29: “Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

⁷ Artículo 5: “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos

de discriminación contra la mujer,⁸ Convención sobre los Derechos del Niño,⁹ Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión,¹⁰ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,¹¹ y Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992).¹²

En México, la SCJN se ha referido al principio *pro persona* en los mismos términos en que lo hizo Mónica Pinto. Señaló, además, que este principio permite definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y otorga un sentido protector a favor de la persona humana, por lo que ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, el Estado mexicano se ve obligado a optar por proteger en términos más amplios.¹³

humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

⁸ Artículo 23: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de: a) La legislación de un Estado Parte; o b) Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado”.

⁹ Artículo 41: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

¹⁰ Principio 3: “No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado”.

¹¹ Artículo 1.2: “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.

¹² Artículo 21: “Las disposiciones de la presente Declaración son sin perjuicio de las disposiciones enunciadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en cualquier otro instrumento internacional y no deberán interpretarse como una restricción o derogación de cualquiera de esas disposiciones”.

¹³ Tesis 1a. XXVI/2012 (10a.) de rubro: PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro V, febrero de 2012, tomo I, página 659.

Estableció que dicho principio opera como un criterio que rige la selección entre: (I) dos o más normas de derechos humanos que, siendo aplicables, tengan contenidos que sea imposible armonizar y que, por tanto, exijan una selección; o (II) dos o más posibles interpretaciones admisibles de una norma, de modo que se acoja aquella que adopte el contenido más amplio o la limitación menos restrictiva del derecho.¹⁴

Igualmente se ha pronunciado en el sentido de que este principio de interpretación más favorable a la persona es aplicable respecto de las normas relativas a los derechos humanos de los que gocen las personas morales conforme a su naturaleza y fines, siempre y cuando no se trate de aquellos derechos cuyo contenido material únicamente pueda ser disfrutado por las personas físicas.¹⁵

De esta forma es posible decir que en el segundo párrafo del artículo 1 constitucional se recoge un criterio de interpretación, conforme al cual, en caso de que exista una discrepancia entre el alcance o la protección reconocida en dos o más normas de derechos humanos, o bien, en dos o más posibles interpretaciones admisibles de una norma, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción.

¹⁴ Tesis 1a. CCVII/2018 (10a.) de rubro: PRINCIPIO PRO PERSONA. SÓLO PUEDE UTILIZARSE EN SU VERTIENTE DE CRITERIO DE SELECCIÓN DE INTERPRETACIONES CUANDO ÉSTAS RESULTAN PLAUSIBLES. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro 61, diciembre de 2018, tomo I, página 378.

¹⁵ Jurisprudencia P./J. 1/2015 (10a.) de rubro: PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. ES APLICABLE RESPECTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS QUE SEAN TITULARES LAS PERSONAS MORALES. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro 16, marzo de 2015, tomo I, página 117.

Control de convencionalidad

Inicio y formación

La doctrina del control de convencionalidad inicia en una serie de votos concurrentes del juez *Sergio García Ramírez*.¹ Pero es establecida por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano*, resuelto el 26 de septiembre de 2006.² En este fallo se estableció: tomando en cuenta que el Estado se halla obligado, en su conjunto, por el Tratado Internacional de Protección de los Derechos Humanos, “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. 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”.³

Posteriormente, en el *caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, se matiza el control de convencionalidad en tres aspectos: I) elimina la expresión “como una especie” de control de convencionalidad; II) procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten; y III) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia. (Ferrer, 2012, p. 374).

El control de convencionalidad es reiterado además en diversos casos contenciosos, entre los que se encuentran: *La Cantuta vs. Perú*

¹ *Cfr.* sus votos en los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27; *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, párr. 3; *Vargas Areco vs. Paraguay*, reparaciones y costas, del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 155, párrs. 6 y 12.

² *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 123-125.

³ Párrafo 124 de la sentencia.

(2006);⁴ *Boyce y otros vs. Barbados* (2007);⁵ *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008);⁶ *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009);⁷ *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010);⁸ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010);⁹ *Fernández Ortega y otros vs. México* (2010);¹⁰; *Rosendo Cantú y otra vs. México* (2010);¹¹ *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010)¹²; *Vélez Loor vs. Panamá* (2010);¹³ *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010);¹⁴ *Cabera García y Montiel Flores vs. México* (2010);¹⁵ y *Gelman vs. Uruguay* (2011).¹⁶

Importa mencionar que en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte IDH precisa que “todos sus órganos” de los Estados que han ratificado el Pacto de San José de Costa Rica, “incluidos

⁴ *Caso La Cantuta vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162, párr. 173.

⁵ *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2007, serie C, núm. 169, párr. 79.

⁶ *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 180.

⁷ *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párr. 339.

⁸ *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia del 26 de mayo de 2010, serie C, núm. 213, párr. 208.

⁹ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214, párr. 311.

¹⁰ *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de agosto de 2010, serie C, núm. 215, párr. 234.

¹¹ *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216, párr. 219.

¹² *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 10 de septiembre de 2010, serie C, núm. 217, párr. 202.

¹³ *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010, serie C, núm. 218, párr. 287.

¹⁴ *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párr. 106.

¹⁵ *Caso Cabera García y Montiel Flores vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párr. 225.

¹⁶ *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párr. 193.

sus jueces”, deben velar por el efecto útil del Pacto, y que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están obligados a ejercer, de oficio, el “control de convencionalidad”.

Igualmente, en el llamado caso *Gelman 2*¹⁷ se rediseñó la doctrina del control de convencionalidad para determinar que tenía dos manifestaciones. La primera manifestación se presenta cuando existe una sentencia dictada por la Corte IDH contra un Estado, de donde surge el principio de cosa juzgada internacional. En tal supuesto, el control de convencionalidad exige el cumplimiento íntegro y de buena fe del fallo, y que sus decisiones no se entorpezcan por la aplicación de normas nacionales contrarias a su objeto y fin, o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio su cumplimiento. La segunda acaece respecto de los demás Estados que no han sido parte en un proceso internacional seguido contra ellos, quedando obligados a seguir los precedentes y lineamientos jurisprudenciales de la Corte IDH, en el marco de sus respectivas competencias y codificaciones adjetivas respectivas, así como en la emisión y aplicación de sus normas, y en la determinación, juzgamiento y resolución de los casos concretos.

En el mismo caso *Gelman 2*, la Corte Interamericana indica que el control de convencionalidad se practica tanto sobre la *emisión* como sobre la *aplicación* de las normas nacionales, y en la determinación, juzgamiento y resolución de los casos concretos. Del mismo modo, los jueces locales deben realizar conjuntamente el control de constitucionalidad con el de convencionalidad, en cuya concurrencia no hay obstáculo jurídico alguno atento haber aprobado el país del caso y conforme a sus procedimientos constitucionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁸

Néstor Pedro Sagüés precisa que este control puede tener dos resultados: a) *represivo o destructivo*, cuando la norma doméstica opuesta al pacto o la jurisprudencia de la Corte IDH, es inconvencional, tiene un resultado de mínima: no se aplica al caso bajo examen, se descarta o resulta inválida para el mismo; y b) *positivo o constructivo*, bajo este

¹⁷ *Caso Gelman vs Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, de 20 de marzo de 2013, párrs. 67-69.

¹⁸ Párrafos 69 y 88 de la sentencia.

supuesto los jueces deben aplicar y hacer funcionar el derecho local de acuerdo con las reglas del *corpus iuris interamericano* y la jurisprudencia de la Corte IDH. Esto justifica relecturas adaptativas del derecho nacional, de tipo *armonizante*, en consonancia, esto es, “conforme” con el Pacto y jurisprudencia (Sagües, 2012, pp. 423-426).

Adicionalmente dicho jurista habla de un control *constituyente* y de un control *legisferante* de constitucionalidad, entendido como la obligación de todo órgano con facultad para dictar normas, de cualquier índole, para emitirlas de acuerdo, y no en oposición, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a la jurisprudencia de la Corte IDH. Facultad que puede traducirse en una especie de control *constructivo* de convencionalidad. Sin embargo, ese órgano no sólo tiene que emitir normas acordes a la convención, sino también debe modificar, o incluso derogar, a las que se opongan a tales parámetros (control *represivo* de convencionalidad). El control *legisferante* es dinámico y fluctuante, ya que debe sintonizar permanentemente con la jurisprudencia, actualizada, de la Corte Interamericana (Sagües, 2012, pp. 339-363).

En fin, de acuerdo con el recién designado profesor emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, el control de convencionalidad radica en valorar la actuación (actos y normas) de la autoridad nacional a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, expresados en tratados o convenciones e interpretado, en su caso, por los órganos internacionales competentes. “Equivale, en su propio ámbito, al control de constitucionalidad que ejercen los tribunales de esta especialidad (o bien, todos los tribunales, en supuestos de control difuso) cuando aprecian un acto desde la perspectiva de su conformidad o incompatibilidad con las normas constitucionales internas” (García y Morales, 2011, p. 208).

Cimiento del control de convencionalidad

El fundamento de la doctrina del control de convencionalidad descansa en tres argumentos: 1) el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados, quienes se han comprometido a cumplir el Pacto de San José y a obedecer las sentencias de la Corte IDH; 2) el principio del efecto útil de los convenios,

cuya eficacia no puede ser mermada por normas o prácticas de los Estados; y 3) 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 sobre el Derecho de los Tratados (en lo sucesivo CVDT) (Sagües, 2012, pp. 423-426).

Control de convencional concentrado y difuso

Eduardo Ferrer Mac-Gregor apunta que el control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter “concentrada” por parte de la Corte IDH, en sede internacional, y otra de carácter “difusa” por los jueces nacionales, en sede interna. La primera emana de las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver los casos contenciosos sometidos a su potestad, como guardián e intérprete último de la Convención Americana. Es en realidad con control concentrado. La segunda, “control difuso de convencionalidad”, consiste en el deber de los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte IDH (Ferrer, 2012, pp. 363-371).

Parámetro del control de convencionalidad

Siguiendo al referido jurista mexicano, el parámetro del control de convencionalidad lo comprende la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, instrumentos de similar naturaleza que la integren, así como toda interpretación que la Corte IDH realice de éstos (Ferrer, 2012, pp. 371-374). Incluso, este parámetro puede ser ampliado en sede interna cuando se otorgue mayor efectividad al derecho humano en cuestión (Ferrer, 2012, pp. 391-374). De manera que, tratándose del control difuso de convencionalidad, los derechos humanos contenidos en las normas de derecho interno (constitucionales, generales, federales o locales), constituirán también parámetro de regularidad del control de convencionalidad en sede nacional.

El control de convencionalidad desde la perspectiva de la SCJN

A raíz del caso *Radilla Pacheco*, la SCJN sentó precedente en el sentido de que actualmente existen dos vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que es acorde con un modelo de control de convencionalidad, a saber:

1. El control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación mediante las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y el amparo directo e indirecto.
2. El control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.¹⁹

De tal suerte, antes de aplicar una norma jurídica, los jueces deben realizar un control *ex officio* que presupone realizar tres pasos:

- I. Interpretación conforme en sentido amplio, del orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.
- II. Interpretación conforme en sentido estricto, que se actualiza cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas; esta interpretación deberá realizarse partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, y preferir aquella que haga a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la ley suprema y en los tratados internacionales en los que México sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

¹⁹ Tesis P. LXX/2011 (9a.) de rubro: SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro III, diciembre de 2011, tomo 1, página 557.

III. Inaplicación de la norma, cuando las alternativas no sean posibles.²⁰

Es más, con motivo de la entrada en vigor de los párrafos segundo y tercero del artículo 1 constitucional modificados en junio de 2011, la SCJN estimó dejar sin efectos las tesis jurisprudenciales P./J. 73/99 y P./J. 74/99, de rubros: “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”. Y “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”.²¹

Prohibición constitucional de reinstalar en su cargo a los miembros de las instituciones policiales en México

La relación entre los miembros de los cuerpos policiacos y el Estado es de naturaleza administrativa.²² La regulación de dichos servidores se encuentra prevista constitucionalmente en el artículo 123, apartado B, fracción XIII, que antes de su reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 8 de marzo de 1999, establecía:

Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la Ley.
(...)

²⁰ Tesis P. LXIX/2011 (9a.) de rubro: PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DE-RECHOS HUMANOS. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro III, diciembre de 2011, tomo 1, página 552.

²¹ Tesis P. I/2011 (10a.) de rubro: CONTROL DIFUSO. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro III, diciembre de 2011, tomo 1, página 549.

²² Jurisprudencia P./J. 24/95 de rubro: POLICÍAS MUNICIPALES Y JUDICIALES AL SERVICIO DEL GOBIERNO DEL ESTADO DE MÉXICO Y DE SUS MUNICIPIOS. SU RELACIÓN JURÍDICA ES DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, materia administrativa, tomo II, septiembre de 1995, página 43.

B. Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores:

(...)

XIII. Los militares, marinos y miembros de los cuerpos de seguridad pública, así como el personal de servicio exterior se regirán por sus propias leyes;

El Estado proporcionará a los miembros en el activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, las prestaciones a que se refiere el inciso f) de la fracción XI de este Apartado, en términos similares y a través del organismo encargado de la seguridad social de los componentes de dichas instituciones.

Hasta ese momento no había limitación en cuanto a la posibilidad de reinstalar o restituir en el puesto a los integrantes de los cuerpos policiacos, como lo explica la Segunda Sala de la SCJN en la ejecutoria que derivó en la tesis 2a. CV/2001.²³ Es en la reforma publicada el 8 de marzo de 1999, donde se establece implícitamente una limitante, según su redacción:

XIII. Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.

El Estado proporcionará a los miembros en el activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, las prestaciones a que se refiere el inciso f) de la fracción XI de este Apartado, en términos similares y a través del organismo encargado de la seguridad social de los componentes de dichas instituciones; y

“Los miembros de las instituciones policiales de los municipios, entidades federativas, del Distrito Federal, así como de la Federación, podrán ser removidos de su cargo si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento de la remoción señalen para permanecer en dichas instituciones, sin que proceda su reinstalación o restitución, cualquiera que sea el juicio o medio

²³ El rubro de la tesis es: POLICÍAS. LA IMPOSIBILIDAD DE OBTENER SU REINSTALACIÓN EN EL CARGO, ESTABLECIDA EN EL PÁRRAFO TERCERO DE LA FRACCIÓN XIII DEL APARTADO B DEL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN, NO ES APLICABLE RESPECTO DE AQUELLOS QUE FUERON CESADOS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA REFORMA RESPECTIVA (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, materia constitucional, tomo XIV, julio de 2001, página 511.

de defensa para combatir la remoción y, en su caso, sólo procederá la indemnización”. La remoción de los demás servidores públicos a que se refiere la presente fracción, se regirá por lo que dispongan los preceptos legales aplicables.²⁴

La Segunda Sala de la SCJN interpretó en diversos momentos el último párrafo reproducido, concluyendo que no podrán ser reinstalados, únicamente, quienes no cubran el nuevo perfil del policía requerido por la ley secundaria, pero sí podrán serlo quienes lo satisfagan; esto es, en determinados supuestos era procedente la reinstalación o restitución al considerar que la limitante constitucional no era absoluta. Esta interpretación tuvo la finalidad no sólo de evitar remociones arbitrarias e injustas, sino también que pudieran quedar fuera de las instituciones policíacas los buenos elementos.²⁵

Sin embargo, el aludido precepto constitucional se reformó según publicación en el Diario de la Federación del 18 de junio de 2008, en vigor al día siguiente de la publicación. El contenido vigente de la disposición constitucional en comento, dice:

Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

(...)

B. Entre los Poderes de la Unión y sus trabajadores:

XIII. Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.

24 Las comillas son nuestras y son para otorgar énfasis.

25 Jurisprudencia 2a./J. 79/2002 de rubro: SEGURIDAD PÚBLICA. EL PÁRRAFO TERCERO DE LA FRACCIÓN XIII DEL APARTADO B DEL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ADICIONADO POR DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE, ÚNICAMENTE PROHÍBE LA REINSTALACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES POLICIALES QUE AL MOMENTO DE LA REMOCIÓN NO LLENARON LOS REQUISITOS DE PERMANENCIA EXIGIDOS POR LAS LEYES VIGENTES. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, materia administrativa, tomo XVI, julio de 2002, página 356.

Los agentes del Ministerio Público, los peritos y “los miembros de las instituciones policiales de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido”.²⁶

Las autoridades federales, de las entidades federativas y municipales, a fin de propiciar el fortalecimiento del sistema de seguridad social del personal del Ministerio Público, de las corporaciones policiales y de los servicios periciales, de sus familias y dependientes, instrumentarán sistemas complementarios de seguridad social.

El Estado proporcionará a los miembros en el activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, las prestaciones a que se refiere el inciso f) de la fracción XI de este apartado, en términos similares y a través del organismo encargado de la seguridad social de los componentes de dichas instituciones.²⁷

El precepto constitucional enuncia dos supuestos jurídicos. El primero radica en que los agentes del Ministerio Público, peritos y miembros de las instituciones policiales de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, pueden ser separados de su cargo si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes señalen para permanecer en el servicio, o bien pueden ser removidos por causa de responsabilidad en el desempeño de sus funciones. El segundo supuesto normativo refiere que si una autoridad jurisdiccional determina que fue injustificada la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización, sin que proceda la reincorporación al servicio.

²⁶ Las comillas son nuestras y son para otorgar énfasis.

²⁷ La porción normativa reproducida se reformó según una publicación en el Diario Oficial de la Federación del 29 de enero de 2016, sin sufrir modificaciones sustanciales que alteren el contenido de este apartado.

Ante lo cual, el artículo 123, apartado B, fracción XIII, constitucional prohíbe la reincorporación de los agentes del Ministerio Público, de los peritos y de los miembros de instituciones policiales, aun cuando la separación (por incumplir con los requisitos de permanencia) o la remoción (por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones) haya sido injustificada, según declaración de una autoridad jurisdiccional, y el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho.

Esto es, a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, la prohibición de reincorporación al servicio policial es expresamente absoluta, de manera que, si la separación, remoción, baja cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, más nunca a la reinstalación. Importa destacar que la SCJN determinó que, desde la aludida reforma, la prohibición de reincorporación es absoluta, ya que el poder reformador privilegió el interés general por el combate a la corrupción y la seguridad por encima de la afectación que pudiere sufrir el agraviado la que, en su caso, se compensaría con el pago de la indemnización respectiva, por lo que independientemente de la razón del cese, tiene preferencia la decisión del poder de reforma de impedir que los miembros de las corporaciones policíacas que hubiesen causado baja se reincorporen al servicio.²⁸

En ese sentido, no está por demás mencionar, aunque no se refiera al caso fáctico analizado en este punto, la Segunda Sala de la SCJN en diversos asuntos relacionados con los trabajadores de confianza al servicio del Estado, la cual ha reiterado que si el Constituyente Permanente instituye respecto a sus derechos una restricción constitucional,

²⁸ Jurisprudencia 2a./J. 103/2010 de rubro: SEGURIDAD PÚBLICA. LA PROHIBICIÓN DE REINSTALAR EN SU CARGO A LOS MIEMBROS DE LAS INSTITUCIONES POLICIALES, PREVISTA POR EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XIII, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, ES APLICABLE EN TODOS LOS CASOS, INDEPENDIENTEMENTE DE LA RAZÓN QUE MOTIVÓ EL CESE. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, materia constitucional-laboral, tomo XXXII, julio de 2010, página 310.

resultan inaplicables las normas convencionales sin importar que el tratado que las contenga ya forme parte del ordenamiento jurídico nacional en términos del artículo 133 de la Carta Magna, y por ende, la limitación al derecho en juego no es susceptible de análisis al estar frente a una decisión soberana del Estado mexicano.²⁹

Es así que actualmente, en caso de que los miembros de las instituciones policiales de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, sean separados o removidos de su cargo, bajo ningún supuesto, procederá su reinstalación o restitución, aun cuando el servidor público interponga un medio de defensa en contra de su remoción, cese o separación, y logre obtener una sentencia favorable, ya sea por vicios de procedimiento que propicien la reposición del procedimiento, como por una decisión de fondo, siendo procedente, en tales casos, únicamente su indemnización y de más prestaciones a que tengan derecho.

Conclusión

La reforma constitucional de 10 de junio de 2011 impone la obligación expresa de observar los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, de donde surge que los jueces nacionales, en los asuntos de su competencia, deben realizar el estudio y análisis *ex officio* sobre la convencionalidad de las normas de derechos humanos; realza el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos mediante la expresión clara del principio *pro persona* como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, privilegiando aquéllas que brinden mayor protección a las personas; y establece el sistema de interpretación conforme, cuyo ejercicio permite armonizar las normas nacionales con la Constitución y los tratados internacionales. En este nuevo modelo de regularidad constitucional, los derechos humanos consagrados en la Constitución y los de fuente internacional se armonizan para contar con el mejor parámetro posible de derechos de la persona en casos concretos, sin considerarlos enfrentados entre sí. Por lo que frente a un conflicto normativo no sólo debe prevalecer la norma jerárquica-

²⁹ Jurisprudencias 2a./J. 22/2016 (10a.), 2a./J. 21/2014 (10a.), 2a./J. 22/2014 (10a.), y 2a./J. 23/2014 (10a.).

mente superior, sino que debe realizarse la interpretación de las disposiciones de derechos humanos conforme a la Constitución y tratados y, como resultado, establecer el parámetro más favorable para la persona.

Para el caso específico es importante cuestionar: ¿La restricción constitucional absoluta anula la esencia del principio *pro persona*, cláusula de interpretación conforme, así como el ejercicio adecuado del control difuso de convencionalidad? La posición adoptada por la SCJN, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, no permite a los jueces nacionales operar con amplitud las herramientas de interpretación contenidas en el artículo 1, segundo párrafo, constitucional, cláusula de interpretación conforme y principio *pro persona*, y obstaculiza desarrollar adecuadamente el control difuso de convencionalidad. Ello al introducir, vía interpretación, una cláusula de no contradicción con la Constitución, consistente en que cuando la Constitución prevea una restricción expresa al goce y ejercicio de los derechos y libertades, se deberá estar siempre a lo que indica la norma fundamental. De modo que el entendimiento jerárquico de la restricción como una regla absoluta y general, hace prevalecer siempre al texto constitucional sin posibilidad de emprender un ejercicio de armonización o de ponderación entre derechos humanos.

Por ende, la decisión alcanzada por la SCJN so pretexto de respetar la supremacía constitucional prevista en el artículo 133, tiene el efecto de excluir del escrutinio judicial las restricciones al ejercicio de los derechos humanos contenidas en la Constitución a la luz de las directrices interpretativas elevadas a rango constitucional, generándose una pauta hermenéutica de carácter general para decidir en todos los casos en favor de la norma constitucional frente a la convencional, lo que implica además pasar por alto las obligaciones contraídas por el Estado mexicano conforme a los tratados internacionales de los que forma parte, pues de acuerdo con la CVDT, México debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo los tratados ratificados y no puede invocar las disposiciones de su derecho interno, aún constitucionales, como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales.

De esta forma se dota al Poder Constituyente, de 1917, y al Poder Revisor de la Constitución de un mando omnipotente e inmune a pesar

de que su actuación pueda implicar violaciones graves a derechos humanos, en la medida en que pueden incorporar figura autoritarias en la Constitución, como es el caso de la prohibición de reinstalar en su cargo a los miembros de las instituciones policiales, que resultarían a prueba de control interpretativo a la luz del principio *pro persona*, cláusula de interpretación conforme y control difuso de convencionalidad, dando lugar a la norma autoritaria perfecta (Silva, 2016, pp. 384-390).

Lo anterior es inaceptable bajo el nuevo modelo de regularidad constitucional y, desde luego, a partir de la incorporación de diversas normas internacionales a nuestro sistema jurídico y reconocimiento contencioso de organismos de protección de derechos humanos, ya que la legitimidad democrática del legislador en determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados, de manera que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales. Así, ante casos de graves 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 primar un control de convencionalidad, cuyo ejercicio atañe a cualquier autoridad y no sólo al Poder Judicial.³⁰

Por eso cuando falla el control *constituyente y legisferante* de constitucionalidad a que hace referencia el maestro Néstor Pedro Sagüés, antes mencionado, el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y las de fuente internacional aplicables al caso en particular, pues así se ha establecido en la jurisprudencia dictada por la Corte IDH. Por tanto, en aras de proteger los derechos de las personas en nuestro país, no es jurídicamente válido excluir del escrutinio judicial a las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades previstas en la Constitución con la finalidad de emprender un ejercicio de armonización y ponderación sobre las mismas.

³⁰ Párrafo 239 de la sentencia de 24 de febrero de 2011, en el caso *Gelman vs. Uruguay*.

Esas consideraciones ponen de relieve que la posición adoptada por la SCJN se trata de un mero “consenso” que podría estimarse contradictorio *per se* al sostener, por una parte, “[que] las normas de derechos humanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos” y, por otra, al introducir una regla de preferencia de una fuente sobre otra para solucionar los conflictos entre normas de distinto origen. Esto se robustece si se recurre a una interpretación literal, causal y teleológica de la reforma al segundo párrafo del artículo 1 constitucional, en cuyo desarrollo resulta de especial relevancia el proceso legislativo que siguió dicha reforma, pues con base en los dictámenes aprobados el 23 de abril de 2009 y 8 de abril de 2010, tanto por la Cámara de Diputados como por la Cámara de Senadores, en el texto aprobado por éstas, en un primer momento, se estableció un principio de no contradicción con la Constitución y, en un segundo, se eliminó esa cláusula, para después aprobarse la redacción actualmente vigente, en la que no se incluyó dicha cláusula de no contradicción. Máxime, si la Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos advirtió a cada uno de los senadores de la República que el principio de no contradicción constitucional anula la esencia misma del principio *pro persona*.

Consecuentemente, los referidos elementos hermenéuticos generan convicción en cuanto a que la intención del Poder Revisor de la Constitución plasmada en el segundo párrafo del artículo 1 constitucional, se traduce en que la aplicación de la interpretación de las normas de derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos de los que México sea parte, solamente tiene como limitación la de preferir aquélla que resulte más favorable para los derechos de las personas. De tal suerte, la decisión de la SCJN se traduce en un retroceso al constitucionalismo mexicano.

En efecto, puede decirse que bajo el criterio adoptado por la SCJN se coarta la posibilidad de que México logre transitar del Estado de derecho al Estado constitucional, pues el sistema jurídico no por el simple hecho de serlo necesariamente debe cumplirse al pie de la letra, sino que es necesario analizarlo desde una perspectiva humanista para lograr la interpretación y aplicación más favorable a las personas y, ga-

rantizar de este modo, el acceso a una vida digna en el marco del respeto a los derechos más elementales.

Ahora bien, también es importante cuestionar: ¿Elegir una restricción constitucional por encima de un tratado internacional que favorezca en mayor medida o restrinja en menor forma un derecho, se compromete la responsabilidad del Estado mexicano en sede internacional?

En cada caso que con pretexto de privilegiar una restricción constitucional, deje de aplicarse un tratado de derechos humanos que resulte más benéfico para la protección del derecho en juego, o bien, lo restrinja en menor forma, se compromete la responsabilidad del Estado mexicano en sede internacional porque éste no puede invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno como excusa para el cumplimiento de las obligaciones contraídas frente a otros actores internacionales, pues una vez incorporado al ordenamiento jurídico nacional a través de los procedimientos constitucionalmente establecidos, todo tratado obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Por consiguiente, a pesar de la decisión libre y soberana del Estado mexicano para constituir una restricción constitucional a un determinado derecho, la norma de rango convencional no puede inaplicarse en el régimen interno en relación con dicho derecho, ya que al ratificar un tratado internacional sobre derechos humanos está obligado a dictar y, en su caso modificar, las normas internas de acuerdo a la convención de que se trate, o incluso derogar, a las que se opongan a la misma.

La posición que guarda actualmente la corte mexicana en relación con las restricciones absolutas al goce de los derechos humanos establecidas en la Constitución, se ha reflejado en diversos casos, entre los que se encuentra la prohibición de reinstalar en su cargo a los elementos de las corporaciones policiacas, prevista en el artículo 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, existe precedente en el sentido de que dicha prohibición constituye una restricción constitucional que no da lugar a que sea posible emprender un ejercicio de armonización o de ponderación entre derechos, en razón de que al tratarse de una restricción constitucional es una condición infranqueable que no pierde su vigencia ni aplica-

ción, la cual implica una manifestación clara del Constituyente Permanente, que no es susceptible de revisión constitucional, pues se trata de una decisión soberana del Estado mexicano.¹

En este supuesto, como en todos aquéllos que tienen que ver con una restricción constitucional, la SCJN excluye la posibilidad de someter a escrutinio judicial la prohibición de reinstalar en su cargo a los miembros de las instituciones policiales, a fin de armonizar o ponderar, a partir de las particularidades del caso concreto, si la persona que se dice agraviada tiene derecho a la readmisión en el cargo por estar ante una remoción, cese o baja injustificada, a la luz del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que en su artículo 7, apartado d, establece *el derecho de las personas a una indemnización o a la readmisión en el empleo, o a cualquier otra prestación prevista en la legislación nacional, en caso de despido injustificado*.²

Lo cual, bajo el nuevo modelo de regularidad constitucional, no es jurídicamente válido porque imposibilita de forma absoluta y general maximizar la interpretación conjunta de los derechos humanos de fuente constitucional y convencional en aras de que se otorgue la mayor protección posible a la persona afectada, desconociendo lo dispuesto en el texto del artículo 1 constitucional en la medida en que se desplaza el derecho reconocido en el Protocolo de San Salvador frente a lo dispuesto, no como derecho, sino como restricción, por la Constitución, utilizándose así un criterio jerárquico.

Sin que pueda afirmarse, como lo ha hecho la SCJN en otros asuntos,³ que dicha norma de rango convencional no puede aplicarse en el régimen interno en relación con los miembros de las instituciones po-

¹ Tesis aislada 2a. XXVIII/2014 (10a.) de rubro: SEGURIDAD PÚBLICA. LA PROHIBICIÓN DE REINSTALAR EN SU CARGO A LOS MIEMBROS DE LAS INSTITUCIONES POLICIALES, CONSTITUYE UNA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, materia constitucional, libro 4, marzo de 2014, página 1083.

² Adoptado en la ciudad de San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en vigor desde el 16 de noviembre de 1999, y ratificado por nuestro país el 8 de marzo de 1996.

³ Como es el caso de los trabajadores de confianza.

liciales al constituir la prohibición de reinstalación una restricción constitucional; ello porque, tal como lo señaló la Corte IDH en el caso *Heliodoro Portugal*, cada juzgador tiene la obligación de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede merchado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los Derechos Humanos.⁴

Así pues, consideramos que en el caso de una remoción, cese o baja injustificada de un miembro de las instituciones policiales, los jueces nacionales deben emprender un ejercicio de armonización o de ponderación entre la norma constitucional y la de fuente internacional aplicable, favoreciendo en todo tiempo a la persona la protección más amplia, o bien, eligiendo la norma que implique una menor restricción.

Bibliografía

- Caballero Ochoa, José Luis, y García Huerta, Daniel Antonio (2016). El sistema de interpretación constitucional. Apuntes sobre la descripción y funcionalidad de la interpretación conforme presente en el artículo 1º de la Constitución, en *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones*, V sección segunda, México: Porrúa.
- Castañeda, Mireya (2018). El principio pro persona. Experiencias y expectativas, segunda edición, México: CNDH.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2012). La interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México: Porrúa-UNAM.
- García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta (2011). La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011). México: Porrúa-UNAM.
- Pérez Luño, Antonio Enrique (2017). Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Undécima ed., Madrid: Tecnos.
- Sagüés, Néstor Pedro (2012). El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano y sus anticipoes en el ámbito de los derechos económicos-

⁴ *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Op. Cit.*, párr. 180.

sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. México: FUNDA.

Silva Garcia, Fernando, (2016), Principio pro homine vs. restricciones constitucionales. ¿Es posible constitucionalizar el autoritarismo?, México: Porrúa-IMDPC

Normatividad

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en vigor desde el 1 de mayo de 1917.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1984, ratificada por nuestro país el 9 de diciembre de 1985.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena, Austria, el 23 de mayo 1969, y ratificada por nuestro país el 5 de julio de 1974.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptado en la ciudad de Nueva York, N.Y., el 20 de noviembre de 1989, y ratificado por nuestro país el 21 de septiembre de 1990.

Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas (resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992).

Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones, V sección segunda, México, Porrúa, 2016, 1169 pp.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y ratificado por nuestro país el 23 de marzo de 1981.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en la ciudad de San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en vigor desde el 16 de noviembre de 1999, y ratificado por nuestro país el 8 de marzo de 1996.