

CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN LA MATERIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA

Por: Mag. Magda Zulema Mosri Gutiérrez¹

Sumario: I. Introducción; II. Evolución del Control de la Constitucionalidad hasta junio de 2011; III. El Caso Radilla Pacheco: Consolidación del Criterio Jurisprudencial de la CIDH de Control de Convencionalidad por los Órganos del Estado y las Obligaciones Derivadas para este; IV. Contenido y Alcances de la Reforma al Artículo 1° de la Constitución Política Federal; V. El Nuevo Modelo de Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad en México; VI. El Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad por Parte del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa; VII. Caso Práctico. VIII. Conclusiones

I. Introducción

A partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Rosendo Radilla, notificada al Estado Mexicano el 15 de diciembre de 2009; así como la reforma al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, de junio de 2011; la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), al resolver el expediente 912/2011 en julio de 2011, reinterpreto el artículo 133 de la Carta Magna y configuró un nuevo modelo de control de constitucionalidad y de convencionalidad de las normas legales conocidas por los juzgadores en las controversias o casos concretos sometidos a su conocimiento, caracterizado por un control mixto concentrado y difuso, en los términos precisados por la SCJN: nuevo modelo que enriquece la justicia constitucional en todos los órganos del Estado Mexicano, incluido, por supuesto, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

¿En qué consistía el control de la constitucionalidad antes de las sentencias de la Corte Interamericana y de la Corte Suprema de nuestro país, así como de la reforma constitucional que he señalado?

¿En qué reside el criterio jurisprudencial de la CIDH sobre el control de convencionalidad “*ex officio*”, cuya aplicación es obligatoria para las autoridades jurisdiccionales y administrativas, parte del Estado mexicano?

¿Cuáles son las características del nuevo modelo de control de la constitucionalidad y de la convencionalidad establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y cuál es su trascendencia para el orden jurídico y la justicia constitucional, particularmente para el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa? Estos son algunos aspectos que abordaremos en esta ocasión.

¹ Magistrada de Sala Superior Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

II. Evolución del Control de la Constitucionalidad hasta junio de 2011

Desde el momento en que la organización del Estado mexicano se sustentó fundamentalmente en una Constitución rígida, expresión de la soberanía popular, para dar congruencia y hacer vigente el orden jurídico emanado de esa Ley Suprema, era indispensable establecer mecanismos y órganos de control de la regularidad constitucional de todas las leyes y actos de las autoridades.

La Constitución Política Federal de 1824, reguló como mecanismo de control constitucional el juicio de responsabilidad a que debía ser sometido todo funcionario público que, habiendo protestado guardar la Constitución, la hubiese quebrantado. La reglamentación de este mecanismo se remitió a la ley.

En la Constitución de 1857 se preveía un mecanismo, que sin denominarlo “*recurso de amparo*”, estaba dirigido al control constitucional de las leyes y actos de la autoridad; tal control se reservó a los órganos del Poder Judicial de la Federación, y se limitaron los efectos de sus sentencias al caso concreto, sin que hubiera ninguna declaración general sobre la ley o acto impugnados de inconstitucionalidad.²

Los artículos 103 y 107 de la Constitución Política Federal de 1917 previeron el Juicio de Amparo como medio de control constitucional sobre los actos a que se refirió la Constitución de 1857, reservaron dicha facultad a los órganos del Poder Judicial de la Federación y otorgaron a sus sentencias los mismos efectos que su antecesora.

Si bien el artículo 133 de la Constitución Federal estableció, por una parte, la supremacía de la Constitución y, por otra, que los jueces locales se atuvieran a la Ley Suprema a pesar de lo señalado en contrario por las constituciones o leyes locales: para algunos constitucionalistas fue el sustento de lo que en la doctrina se conoce como “*control difuso de la constitucionalidad*” aplicada por los jueces ordinarios; sin embargo, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consideró que no debe ser entendida como una facultad de los jueces locales para ejercer el control constitucional respecto de la Ley Suprema del país, pues esa facultad se ha reservado históricamente y por la Constitución de 1917 al Poder Judicial de la Federación, excluyendo a los poderes judiciales de los Estados.³

² Consúltese a BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo 1812-1861*, UNAM, México, 1987. También de este mismo autor: *Primera Ley de Amparo de 1861*, UNAM, México, 1987.

³ Al respecto, véanse las tesis de jurisprudencia P/J. 73/99 y P/J. 74/99: **CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. X, Agosto de 1999*, página 18, y **CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN**. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. X, Agosto de 1999*, p. 5.

A partir de las reformas a la Constitución Política Federal de 1994, los medios de control de la Ley Suprema del país no solo se ampliaron, sino que se instituyeron dos sistemas integrales de control constitucional, uno de ellos relativo a la materia electoral. De acuerdo con los artículos 94, 99 y 105, fracción II de la Constitución Política Federal, se reservó el control constitucional en materia electoral, por una parte, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (control abstracto mediante la acción de inconstitucionalidad de las leyes electorales) y, por otra, al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (control concreto por conducto de los juicios previstos por la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral).⁴

En noviembre de 2007, la justicia electoral federal fue objeto de nuevas reformas, para perfeccionarla al establecer en el artículo 99 constitucional la facultad expresa de las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la Constitución Federal.

Tal era el estado de la cuestión, o el modelo de control constitucional concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación⁵ antes de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la reforma del artículo 1º de la Constitución Política Federal, así como la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente 912/2011, y las tesis que derivaron de la misma. Ya que el modelo concentrado de control de la constitucionalidad no permitía que los jueces o tribunales locales, o tribunales federales fuera del Poder Judicial de la Federación, se pronunciaran sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas generales a partir de su contraste con la Constitución General de la República y, por tanto, estos no podían suprimir o abstenerse de aplicar las normas locales o federales, aun cuando las considerasen contrarias a la Ley Suprema. Solamente estaban facultados para ejercer un control de legalidad de los actos de las autoridades sobre las personas sujetas al imperio de las disposiciones legales.

Lo que sí les estaba permitido a los jueces ordinarios, a partir de los criterios jurisprudenciales de agosto de 2005 por un Tribunal Colegiado, era calificar con base en una jurisprudencia sobre la declaración de inconstitucionalidad de una norma, el acto impugnado u objeto de controversia, haciendo para ello una “*interpretación conforme*” con la Constitución Federal de la norma aplicable al caso concreto, para hacer prevalecer los principios y valores consagrados

⁴Véase la Tesis P. 1/2007. **SISTEMA CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA EN MATERIA ELECTORAL**. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, Enero de 2007, 105.

⁵Aunque algunos autores, como Rubén A. Sánchez Hill (*El Control difuso de la Constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P/3. 38/2002*), consideran que el modelo de control de la constitucionalidad que existió en México fue parcialmente difuso y parcialmente concentrado, ya que por una parte el control constitucional estaba reservado a los jueces federales y tribunales colegiados, mediante el juicio de amparo, y, por otra, a al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional.

por la Constitución y con ello cesar los efectos que contraríen los derechos fundamentales implicados.⁶

III. El Caso Radilla Pacheco: Consolidación del Criterio Jurisprudencial de la CIDH de Control de Convencionalidad por los Órganos del Estado y las Obligaciones Derivadas para este.

La sentencia de la CIDH en el caso Radilla Pacheco, en sus párrafos 338 y 339 estableció que:

“338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad con la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención (...)”

“339 (...) 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 CIDH, interprete última de la Convención Americana.”

⁶Véanse las tesis de jurisprudencia I.4o.A. J/40 y I.4o.A. J/41, de rubros: “**CONSTITUCIONALIDAD O INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY. LA APLICACIÓN POR PARTE DE UN TRIBUNAL ORDINARIO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN QUE DECLARA, UNA U OTRA, NO IMPLICA PRONUNCIAMIENTO SOBRE TALES DECISIONES**”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXII, Agosto de 2005, página 1572, e “**INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. DE ACUERDO A ELLA LOS TRIBUNALES ORDINARIOS PUEDEN CALIFICAR EL ACTO IMPUGNADO Y DEFINIR LOS EFECTOS QUE SE DEDUCEN DE APLICAR UN PRECEPTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL**”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXII, Agosto de 2005, página 1656.

Por otra parte, en los párrafos 346 y 347, relacionados con la capacitación en materia de derechos humanos para que los Estados puedan cumplir con sus obligaciones internacionales, la sentencia referida señala lo siguiente:

“346. Dadas las circunstancias particulares del presente caso, este Tribunal considera importante fortalecer las capacidades institucionales del Estado mexicano mediante la capacitación de funcionarios públicos, a fin de evitar que hechos como los analizados en el presente caso se repitan. En relación con la capacitación en materia de protección de derechos humanos, en su jurisprudencia la Corte ha considerado que ésta en una manera de brindar al funcionario público nuevos conocimientos, desarrollar sus capacidades, permitir su especialización en determinadas áreas novedosas, prepararlo para desempeñar posiciones distintas y adaptar sus capacidades para desempeñar mejor las tareas asignadas.”

“347 (...) En consecuencia, la Corte ordena que, sin perjuicio de los programas de capacitación para funcionarios públicos en materia de derechos humanos que ya existan en México, el Estado deberá implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria:

A) Programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (...) así como los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, como una forma de prevenir (...) casos de violación a los derechos humanos (...).”

El criterio de la obligación de los jueces internos, tanto federales como locales, de realizar un control de convencionalidad “*ex officio*” de las normas internas, tanto federales como locales, se venía construyendo desde las sentencias emitidas por la CIDH en los casos de *Almonacid Arellano Vs Chile*, de septiembre de 2006, de *Trabajadores cesados del Congreso Vs Perú*, de noviembre de 2006; *Boyce y otros Vs Barbados*, del año 2007, y *Heliodoro Portugal Vs Panamá*, del año 2009.

El primero de ellos se refería a la obligación del Poder Judicial de realizar una especie de “*control de convencionalidad*”, y a partir de segundo caso aludido se mencionaba con toda propiedad no solo de un “*control de convencionalidad*” sino que este debía realizarse “*ex officio*”, es decir, sin necesidad de que las partes involucradas en el caso concreto de controversia lo planteen, y dentro de las respectivas competencias de los jueces y de las regulaciones procesales correspondientes.

En el caso Radilla Pacheco, se precisa que “*el control de convencionalidad*” “*ex officio*” es una obligación de los jueces, como parte del aparato del Estado, y que en esa tarea, también debe tenerse presente la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos que ha hecho la CIDH, última intérprete de ella.

Asimismo, de la sentencia dictada en el caso Radilla Pacheco se deriva la obligación de los poderes judiciales, tanto federales como locales y, en general, de toda autoridad en el país que tenga funciones jurisdiccionales de instrumentar programas de capacitación en materia de derechos humanos.

Es oportuno señalar que la obligación de los jueces, como parte de los aparatos u órganos del Estado, de ejercer un *control de convencionalidad "ex officio"* se deriva, por una parte, de lo dispuesto por los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales prevén que los Estados miembros se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en dicha Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, y que si tal ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro orden, aquellos se obligan a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, entre las cuales se encuentran, desde luego, las relativas a las prácticas jurisdiccionales que hagan posible que dichas disposiciones se ajusten a la Convención Americana.

Por otra parte, la aceptación por el Estado mexicano, en el año de 1999, de la jurisdicción y competencia contenciosa de la CIDH, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 62, 67 y 68 de la Convención Americana, en los cuales se establece que las sentencias de la CIDH son vinculantes para los Estados miembros cuando han aceptado o reconocido su competencia contenciosa, y que, verificado tal supuesto, los Estados están obligados a cumplir las decisiones de la Corte en todos los casos en que sean parte.

La expresión contenida en la sentencia del caso Radilla Pacheco relativa a "los jueces, **como parte del aparato del Estado**"; implica la consideración de que al estar comprometido el Estado mexicano en respetar los derechos y libertades establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y a garantizar su ejercicio y cumplimiento, entonces todos los órganos que conforman al Estado mexicano, tanto federales, estatales y municipales, administrativos, legislativos y jurisdiccionales, en términos de lo previsto por los artículos 3º, 39, 40, 41, 115, 116 y 122 de la Constitución Política Federal⁷ están obligados a ejercer un *control de convencionalidad* dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En la sentencia de la CIDH en el caso "Cabrera García y Montiel Flores Vs México," de 26 de noviembre de 2010, se precisó tal cuestión, al establecer en su párrafo 225 lo siguiente:

"225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un

⁷ El artículo 3º de la Constitución Política Federal se refiere expresa y claramente al Estado mexicano y lo define como el conformado por la Federación, los Estados (entidades federativas), el Distrito Federal y los Municipios, y en diversos preceptos constitucionales se refiere al Estado en el sentido apuntado.

Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, **todos sus órganos**, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces **y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles** están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana."

El control de convencionalidad por los órganos del Estado mexicano corresponde a lo que la doctrina denomina *control difuso o extenso*, definido como aquel que ejercen tanto órganos federales como locales, sean jurisdiccionales o administrativos, los cuales son responsables de velar por la eficacia de un instrumento jurídico que se considera fundamental o supremo (Constitución o Tratado) y al cual debe sujetarse todo el orden jurídico derivado del mismo o en relación con el cual hay el compromiso y la obligación de respetarlo y garantizar su cumplimiento.

Ahora bien, ¿cuál es el grado de control de convencionalidad "*ex officio*" que deben realizar los jueces internos del Estado mexicano? Tal planteamiento depende del ámbito de competencia de los jueces y de las regulaciones procesales correspondientes, a que se refiere el criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre este aspecto, es pertinente acudir a lo expresado por el Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, designado juez "*ad-hoc*" en el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs México, en su voto razonado en relación con dicho caso.

Señala el Dr. Ferrer Mac-Gregor que pueden existir tres grados de control de convencionalidad: ***el de mayor grado, el intermedio y el mínimo.***

Cuando un juez tiene competencia para declarar la invalidez de la norma legal que es contraria a una norma convencional, el control de convencionalidad que se ejerce es el de mayor grado.

En el supuesto de que el juez solo sea competente para desestimar, en el caso concreto, la norma considerada contraria a una norma convencional, el control de convencionalidad que se ejerce es de grado intermedio, y operará solo si no hay una posible "*interpretación conforme*" de la normatividad nacional con la Convención Americana de Derechos Humanos (o de cualquier otro tratado internacional).

Y cuando el juez sólo tiene competencia para realizar una "*interpretación conforme*" con el tratado internacional, el control de convencionalidad será de grado mínimo.

Derivado de lo ya expuesto, por lo general, el grado máximo de control de convencionalidad está reservado para las altas jurisdicciones constitucionales que, generalmente, tienen la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos “*erga omnes*”.

Así, “en principio, corresponde a todos los jueces y órganos jurisdiccionales realizar una ‘interpretación conforme’ de la norma nacional a la luz de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (y eventualmente de otros tratados), así como de la jurisprudencia de la Corte IDH y siempre con la regla interpretativa del principio *pro homine* a que se refiere el artículo 29 del Pacto de San José.

En ese primer grado de intensidad se escogerá la interpretación conforme con los parámetros convencionales y por consiguiente, se desecharán aquellas interpretaciones inconvencionales o que sean de menor efectividad en el goce y protección del derecho o libertad respectivo (...) En segundo término, y solo si no puede salvarse la convencionalidad de la norma interna, el ‘control de convencionalidad’ debe realizarse con mayor intensidad, sea inaplicando la norma al caso particular, o bien, declarando su invalidez con efectos generales, como resultado de su inconvencionalidad, de conformidad con las respectivas competencias de cada juez nacional (u órgano jurisdiccional).”⁸

IV. Contenido y Alcances de la Reforma al Artículo 1º de la Constitución Política Federal

La reforma al artículo 1º constitucional federal de junio de 2011 implicó establecer una nueva concepción de los derechos fundamentales de las personas y de las garantías para su protección efectiva. Tal reforma amplió la cobertura de protección de los derechos básicos de las personas al elevar a rango constitucional el reconocimiento de los derechos humanos (que es un concepto más amplio que el de garantías individuales), no solo previstos en la propia Constitución sino también en los tratados internacionales, en los cuales, además de los derechos de la persona a la libertad, vida, propiedad, seguridad jurídica, derechos civiles y políticos, que son los clásicos liberales, se han incorporado otros relativos a los derechos económicos, sociales y al desarrollo de las personas, muchos de los cuales están estrechamente vinculados con el derecho administrativo y con los órganos de la Administración Pública Federal y, por ello, su tutela y protección caen en la competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

En cuanto a las garantías de protección de los derechos humanos, que es el tema que nos ocupa, el nuevo texto del artículo 1º constitucional federal, en sus párrafos segundo y tercero, dispone lo siguiente:

⁸ Voto razonado emitido por el Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, designado juez ad hoc en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, en relación con la sentencia emitida en el mismo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, página 15.

“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.”

Al establecerse en el segundo párrafo de la primera disposición constitucional citada la “interpretación conforme” con la Constitución Federal y con los tratados internacionales en la materia de las normas relativas a los derechos humanos, se prevé un método de interpretación que debe maximizarse a fin de privilegiar aquella que signifique la mayor protección, conforme al principio “pro-persona” prevista en el precepto constitucional señalado.

Por otra parte, la realización de una interpretación conforme con la Constitución Federal y con los tratados internacionales de las normas relativas a los derechos humanos para promover, respetar, proteger y garantizar tales derechos, es una obligación para toda autoridad, sea esta jurisdiccional o administrativa o de otro tipo, dentro del ámbito de su competencia.

De esa forma, toda autoridad deberá realizar, en principio, un control de constitucionalidad de las normas relativas a los derechos humanos, haciendo para ello una interpretación conforme con la Constitución Federal y los tratados internacionales, así como con el principio “pro-persona”.

José Luis Caballero Ochoa, en su trabajo **La Cláusula de Interpretación Conforme y el Principio Pro-persona (Artículo 1º, Segundo Párrafo, de la Constitución)**,⁹ señala que la interpretación conforme con la Constitución y los tratados internacionales implica no solo tener como parámetro interpretativo a las normas convencionales sino también a la interpretación que de ellas han realizado los organismos internacionales encargados de su aplicación e interpretación.

Por ello, el autor en cita sostiene que “la cláusula de interpretación conforme hacia los tratados sobre derechos humanos es una respuesta efectiva a la doctrina de control de convencionalidad que desde hace cuatro años ha desarrollado de manera consistente la CIDH”.

La previsión por el precepto constitucional citado de la obligación de todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, no establece si esta implica para las autoridades la no aplicación

⁹ Este artículo puede consultarse en la obra coordinada por CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro **La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un Nuevo Paradigma**, UNAM, México, 2011.

o declaración de inconstitucionalidad con efectos “*erga omnes*” de las normas relativas a los derechos humanos que se consideren contrarias a la Constitución o a algún tratado internacional, pero al caracterizarse dicha **obligación por una interpretación conforme y maximizada en beneficio de la persona**, se trataría en principio de un control de menor grado, de acuerdo con la clasificación aportada por el Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

Sin embargo, en el caso de las autoridades jurisdiccionales, es evidente que la competencia para realizar un control de la constitucionalidad y de la convencionalidad de las normas relativas a los derechos humanos, debe ser también de un grado mayor, esto es, debe ser en un grado que tenga el objeto de no aplicar las normas señaladas que sean contrarias a la Constitución Federal y también para declarar su inconstitucionalidad con efectos “*erga omnes*”.

Y si lo anterior no se deduce expresamente de la disposición constitucional referida, y remite a las competencias establecidas en la ley, mientras no se establezca en esta claramente cuál es el ámbito de competencia de las autoridades jurisdiccionales, resulta de gran trascendencia la interpretación que en ese sentido realizó la Suprema Corte de Justicia de la parte relativa de que los jueces se arreglarán a la ley suprema a pesar de las disposiciones legales ordinarias en contrario, prevista en artículo 133 de la Constitución de la República, en relación con el nuevo texto del artículo 1º, tomando en consideración los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para el establecimiento de un nuevo modelo de control de constitucionalidad y de convencionalidad, que deben ejercer tanto las autoridades jurisdiccionales, federales y estatales, como toda autoridad administrativa.

V. El nuevo modelo de control de constitucionalidad y de convencionalidad en México

En la sentencia recaída al expediente 912/2011, de julio de 2011, y con base en una interpretación del artículo 133 en relación con lo previsto por los artículos 1º, 103, 105 y 107 de la Constitución Política Federal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se estableció un nuevo modelo mixto de control constitucional en materia de derechos humanos, que sería concentrado y difuso; asimismo, determinó que el modelo de control de convencionalidad en la señalada materia debe ser acorde con el modelo de control de constitucionalidad. Tanto el control de constitucionalidad como el control de convencionalidad deben ejercerse “*ex officio*” por las autoridades competentes.

Así, de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el control de constitucionalidad y de convencionalidad concentrado estaría a cargo de los tribunales de amparo, mediante las vías directas de control, como son la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el amparo directo e indirecto, en cuyas sentencias derivadas de las dos primeras se podría hacer una declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o “*intra partes*”.

Por su parte, el control de constitucionalidad y convencionalidad difuso estaría a cargo de los órganos del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (que tiene competencia expresa), los Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de dicho Poder y los tribunales administrativos, en el ámbito federal, y de los tribunales judiciales, administrativos y electorales,

en el ámbito local, los cuales no podrían hacer una declaración de inconstitucionalidad, sino solamente de no aplicación de la norma considerada inconstitucional en el caso concreto.

Asimismo, el resto de las autoridades del país, distintas de las anteriormente señaladas, solamente podrán hacer una interpretación conforme, aplicando la más favorable a la persona (sin inaplicar o declarar la inconstitucionalidad de normas).

Conforme al criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la referencia de análisis del control de constitucionalidad y de convencionalidad de las normas relativas a los derechos humanos debe comprender:

- a) Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal –así como en la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;
- b) Todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; y
- c) Los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.¹⁰

Es pertinente destacar que el nuevo sistema de control de constitucionalidad y de convencionalidad establecido por la interpretación hecha por la Suprema Corte de Justicia de la Nación solamente está referida a las normas relativas a derechos humanos, lo que implica que el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad a que están obligados toda autoridad jurisdiccional del país está limitada por dicho contenido, por lo cual habría que pugnar para que el control difuso de constitucionalidad se expandiera respecto de cualquier norma que esté en contradicción con nuestra Ley Suprema.

VI. El Control de constitucionalidad y de convencionalidad por parte del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

En materia de derechos humanos, a partir del 11 de junio de 2011, de conformidad con el Artículo Primero Transitorio del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día anterior, en los que se reformaron los artículos 1º y 133 Constitucional, entre otros, los Magistrados del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa están facultados para ejercer el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad.

En este contexto, en todos los casos sometidos a su conocimiento cuando sea aplicable una norma que tutele algún derecho humano, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

¹⁰ Considerando SÉPTIMO, párrafo 31

en forma oficiosa deberá ejercer un control de constitucionalidad o de convencionalidad, para lo cual deberá en principio formular una interpretación conforme en sentido amplio o una interpretación conforme en sentido estricto con los derechos humanos previstos en la Constitución Federal o en algún tratado internacional, y solo cuando no sea posible lo anterior, deberá contrastar la norma legal y la norma contenida en la Ley Suprema o en el tratado internacional y, de proceder, podrá no aplicar la norma contrastada, sin que medie una declaratoria de inconstitucionalidad o de inconvencionalidad, haciendo del conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dicha no aplicación para los efectos conducentes.

Por tales motivos, en el nuevo orden constitucional, dicho Tribunal está obligado a examinar el fondo de los conceptos de impugnación en los cuales se plantee que el acto o resolución administrativa impugnada está fundada en una norma jurídica contraria a uno de los derechos humanos previsto en la Constitución o en un tratado en materia de derechos humanos.

De esa forma, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, además del control de la legalidad de los actos de la autoridad, tiene a su cargo el control de constitucionalidad y de convencionalidad difuso cuando en la controversia planteada esté implicada la aplicación de una norma en materia de derechos humanos.

En materia fiscal y administrativa, sobre todo en materia tributaria o impositiva, se pudiera pensar que no existen derechos humanos a favor del contribuyente o gobernado que proteger.

Pero no es así. Ya el Doctor Manuel Hallivis Pelayo,¹¹ que es Magistrado del Tribunal y compañero de Sala, ha dado cuenta de algunos derechos fundamentales que tiene el gobernado en su relación jurídico-tributaria con el Estado, que es menester proteger para evitar desvíos y abusos de poder, y que también se encuentran previstos en los tratados internacionales, como son los derechos de igualdad ante la ley, contra la discriminación, de acceso a los medios de defensa, contra la doble tributación, a ser informado y asistido en el cumplimiento de obligaciones fiscales, a la devolución de impuestos cuando proceda, entre otros.

Asimismo, nuestra Constitución General de la República contiene otros tantos derechos, como son el derecho a la educación, el derecho a la vivienda, el derecho a la nutrición, el derecho al deporte, el derecho a la cultura, el derecho a vivir en un ambiente sano, el derecho al desarrollo sustentable, los cuales están regulados y desarrollados en leyes administrativas, cuya aplicación está encomendada a diferentes autoridades administrativas federales, y cuya actuación es susceptible de afectar esa esfera de derechos de los gobernados, quienes pueden plantear una controversia de tipo jurisdiccional administrativo para hacer prevalecer los derechos que tienen a la prestación de esos servicios públicos y acciones de desarrollo a que está obligado el Estado, a través de sus dependencias y entidades.

¹¹ Véase su trabajo **Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en materia tributaria** publicado en abril de 2012.

VII. Caso práctico

A continuación conoceremos un caso práctico en el cual la Segunda Sección de la Sala Superior ejerció conjuntamente el control difuso de la constitucionalidad y de la convencionalidad.

Así, el acto impugnado era un crédito fiscal derivado de una visita domiciliaria tramitada en términos de las disposiciones del Código Fiscal de la Federación, **vigentes hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil.**

De modo que la actora planteaba que las referidas disposiciones no preveían un plazo para que la autoridad notificara el crédito fiscal a partir del levantamiento del acta final.

En consecuencia, la litis versaba en si dicha omisión legislativa es contraria al principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 16 constitucional, y si viciaba de ilegalidad la visita domiciliaria y en consecuencia al crédito fiscal controvertido.

Por tanto, la Sección advirtió que la actora estaba planteando la inconstitucionalidad de las disposiciones del Código Fiscal de la Federación que regulaban la visita domiciliaria a que fue sujeta, lo cual orilló a la Sección a ejercer el control difuso de la constitucionalidad.

De ahí que se precisaron los alcances del derecho humano a la seguridad jurídica previsto en el artículo 16 constitucional, considerando la jurisprudencia 2a./J. 144/2006 emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la cual se infirió que la seguridad jurídica implica que los textos normativos contengan los elementos mínimos para que el particular haga valer sus derechos con el objeto de que la autoridad no incurra en arbitrariedades.

Por tanto, para materializar todos los alcances de la seguridad jurídica establecida en el artículo 16 constitucional también se tomó en cuenta la distinción entre actos privativos y actos de molestia establecida en la jurisprudencia P./J. 40/96 emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

De modo que si los actos de molestia son solo afectación temporal a la esfera jurídica del particular, pues solo restringen provisional o preventivamente un derecho de este, mientras que los actos privativos disminuyen, menoscaban o suprimen definitivamente un derecho del particular.

En consecuencia, se concluyó que las leyes que establezcan actos de molestia en contra de los particulares, en aras de seguridad jurídica, deberán establecer el límite temporal en el cual la autoridad administrativa podrá afectar temporalmente la esfera jurídica del particular, pues el tiempo de esa afectación no puede estar sujeto a la decisión de la autoridad administrativa.

Sostener lo contrario implicaría dar margen a la autoridad administrativa a la arbitrariedad, porque el particular no tendría seguridad jurídica respecto a la previsibilidad de la duración de la afectación, lo cual hace necesario que el tiempo de esa afectación esté prevista en la ley.

Posteriormente, se procedió al estudio de los artículos 42, 46 y 46-A del Código Fiscal de la Federación, en los textos normativos vigentes en mil novecientos noventa y ocho, pues en ese año se ejercieron las facultades de comprobación.

Así, de la interpretación sistemática de los referidos dispositivos jurídicos se infirió que la visita domiciliaria inicia con la notificación de la orden y culmina con el levantamiento del acta final.

Asimismo, se estableció que la autoridad, por regla general, tenía el plazo de seis meses para levantar el acta final a partir de que se notifique al contribuyente el inicio de las facultades de comprobación, es decir, a partir de la notificación de la orden de visita domiciliaria.

En este contexto, se advirtió que la fracción III del artículo 42, el artículo 46 y el artículo 46-A del Código Fiscal de la Federación NO establecían el plazo en el cual la autoridad debía notificar la resolución que, en su caso, determinara y liquidara el crédito fiscal, en virtud de las hechos y omisiones asentados en el acta final.

Por tales motivos, se concluyó que se estaba en presencia en una omisión legislativa relativa que vulnera el derecho humano a la seguridad jurídica, ya que no existía previsibilidad del plazo en el cual la autoridad fiscal notificaría al contribuyente el crédito fiscal, quedando a la decisión arbitraria de la autoridad fiscal el momento de hacerlo, lo cual es contrario al artículo 16 constitucional.

Posteriormente, se procedió a la interpretación conforme de las referidas disposiciones jurídicas en términos de la jurisprudencia 2a./J. 176/2011 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹²

Sin embargo, en el caso no pasó el test de previsibilidad, pues por medio de la misma NO puede establecerse un plazo para la notificación del crédito fiscal a partir del levantamiento del acta final, ya que este no está previsto en el Código Fiscal de la Federación, máxime que el mismo debe estar regulado con antelación a que se inicie la facultad de comprobación con la finalidad de que el contribuyente tenga certeza, seguridad jurídica, del plazo en que podía ser notificado el crédito fiscal.

En consecuencia, esa omisión no es subsanable, vía interpretación conforme para construir un plazo que no existe en el Código Fiscal de la Federación, máxime que en este tampoco se establecía el plazo para la notificación del crédito fiscal tratándose de revisión de gabinete y visita en materia de comprobantes fiscales.

A su vez, tampoco, en términos de una interpretación conforme, se podía sostener que sea aplicable el plazo de cinco años previsto en el artículo 67 del Código Fiscal de la Federación para

¹² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXII, diciembre de 2010, p. 646.

la notificación del crédito fiscal a partir del levantamiento del acta final, ello en términos del control de convencionalidad.

Para tal efecto, se tomó en cuenta como parámetro el caso en materia administrativa vinculado a derechos humanos, relativo al Caso López Mendoza vs. Venezuela, sentencia del primero de septiembre de dos mil once, que con relación a las garantías judiciales en los procedimientos administrativos.

Así, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, se infirió que la fracción III del artículo 42, el artículo 46 y el artículo 46-A del Código Fiscal de la Federación, vigentes hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil, no superan el test de previsibilidad y por tanto vulneran la seguridad jurídica derivada del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por ende, no es válido suplir la omisión legislativa relativa con el plazo genérico de cinco años para la caducidad previsto en el artículo 67 del Código Fiscal de la Federación, a través de una interpretación conforme, ya que no cumple con el estándar de previsibilidad o certeza de la norma.

Se arribó a esa conclusión, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de que el plazo de cinco años no es razonable para garantizar la previsibilidad del plazo para la notificación del crédito fiscal, ya que es un plazo excesivamente prolongado para que se determine este por hechos y omisiones consignados en el acta final. Así, las conclusiones alcanzadas, derivadas del control de constitucionalidad y convencionalidad, se corroboran con la exposición de motivos de la reforma al Código Fiscal de la Federación publicada en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de diciembre de dos mil.

De modo que en el propio proceso legislativo se reconoció que no existía el plazo para la notificación del crédito fiscal a partir del levantamiento del acta final, de ahí que para garantizar la seguridad jurídica de los contribuyentes se incorporó en la reforma al artículo 50 del Código Fiscal de la Federación, el plazo de seis meses a partir del levantamiento del acta final, para que las autoridades fiscales notifiquen personalmente al contribuyente las contribuciones omitidas derivadas de las visitas domiciliarias o de la revisión de gabinete.

Por consiguiente, se consideraron fundados los conceptos de impugnación en estudio, consecuentemente, la fracción III del artículo 42, el artículo 46 y el artículo 46-A del Código Fiscal de la Federación, vigentes hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil, transgreden el principio de seguridad jurídica establecido en el primer párrafo del artículo 16 constitucional, ni son acordes con el espíritu establecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ello en términos de los principios orientadores establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso López Mendoza vs. Venezuela, y por ende se procedió a su desaplicación en el caso concreto.

VIII. Conclusiones

A partir de la reforma al artículo 1º constitucional federal y de los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación dentro del expediente 912/2011 de julio de 2011, con motivo de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco, los cuales establecieron un nuevo modelo en el país de control de la Constitución de la República y de las normas internacionales, todas las autoridades jurisdiccionales del país tienen la obligación de ejercer en forma oficiosa un control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad en aquellos casos en que esté involucrada la aplicación de una norma relativa a derechos humanos, la cual podría ser inaplicada en el caso concreto, con excepción de los tribunales de amparo del Poder Judicial de la Federación, los cuales ejercerían un control concentrado, a través de las vías directas de control, como son la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el amparo directo e indirecto, con la posibilidad de declarar la invalidez de la norma en controversia con efectos erga omnes.

Así, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en tanto la autoridad jurisdiccional, está obligada a realizar *ex officio* un control de las normas relativas a derechos humanos que sean objeto de controversia en los asuntos que sean de su conocimiento, para lo cual deberá seguir los dos pasos siguientes:

- a) Hacer una interpretación conforme en sentido amplio o una interpretación conforme en sentido estricto con los derechos humanos previstos en la Constitución Federal o en algún tratado internacional, interpretación que debe maximizarse a fin de privilegiar aquella que signifique la mayor protección, conforme al principio pro-persona.
- b) Solo cuando no sea posible realizar la interpretación conforme antes aludida, deberá hacer el contraste de la norma legal y la norma contenida en la Ley Suprema (Constitución o Tratado) y, de proceder, podrá desaplicar la norma contrastada, sin hacer una declaratoria de inconstitucionalidad.

La función relativa al Control Difuso de Constitucionalidad y de Convencionalidad que ahora puede ejercer el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, no solo es una extensión o ampliación de la justicia constitucional en tales materias, cuyo ejercicio antes estaba reservado a los tribunales del Poder Judicial de la Federación, sino que hoy la justicia constitucional administrativa puede hacerse realidad desde el conocimiento de las controversias en la primera instancia, esto es, ya no se tiene que esperar a que los asuntos lleguen a los tribunales del Poder Judicial Federal para que se ejerza un control constitucional de los actos de las autoridades administrativas o de la aplicación de normas en ese ámbito en los que estén implicados derechos humanos.

En todo caso, de llegar los asuntos a esta última instancia, sería para revisar si en la primera se realizó o no la interpretación conforme con la ley suprema o el contraste con ella de la

norma aplicable al caso concreto y, en su caso, para hacer la interpretación final y definitiva de dicha norma.

En ese sentido, podemos afirmar que con la garantía de acceso a la justicia se fortalece, sobre todo, el acceso a la justicia constitucional para los gobernados, y con ello la impartición de la justicia administrativa será aún más eficiente, haciendo realidad los principios previstos en el artículo 17 constitucional federal, que con la adopción del juicio en línea y del juicio sumario se ha avanzado extraordinariamente en esa dirección, todo lo cual constituirá un verdadero reto para el Tribunal.

Para estar a la altura de los desafíos que nos esperan, este Tribunal está consciente de que debemos fortalecer las capacidades institucionales jurisdiccionales para realizar las nuevas funciones relativas al control de constitucionalidad y de convencionalidad, en los términos antes señalados.

Por ello, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa ha instrumentado un programa permanente de capacitación sobre el contenido y alcance de los derechos humanos de nuestra Constitución Política Federal como en los tratados internacionales que puedan tener una naturaleza administrativa y, por ello, susceptibles de pertenecer a la competencia del Tribunal, así como sobre los criterios y jurisprudencia relativos a tales derechos emitidos tanto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos o cualquier otra instancia internacional que tenga competencia para interpretar los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales distintos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.