

INTERPRETACIÓN CONFORME Y CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD. EL NUEVO PARADIGMA PARA EL JUEZ MEXICANO*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR**

*A la memoria del ministro José de Jesús Gudiño Pelayo,
en su primer aniversario luctuoso*

*SUMARIO: I. Exordio. II. La internacionalización del derecho constitucional. III. La constitucionalización del derecho internacional. IV. La cláusula de interpretación conforme en el derecho comparado. V. La nueva cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional) en México. VI. El “control concentrado de convencionalidad” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. VII. El “control difuso de convencionalidad” por el juez nacional en América Latina: Hacia una teoría general. VIII. La recepción del “control difuso de convencionalidad” en México. IX. El control convencional del “control difuso de convencionalidad”. X. El “diálogo jurisprudencial”: Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina.*

I. EXORDIO

El “control difuso de convencionalidad” constituye un nuevo paradigma que deben de ejercer todos los jueces mexicanos. Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de

* El presente texto parte del “voto razonado” que emití en calidad de juez *ad hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220. Ahora lo complemento con algunas reflexiones adicionales derivadas de las trascendentales implicaciones de la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, así como de lo decidido por la Suprema Corte de Justicia en el expediente Varios 912/2010, sobre el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana en el *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209, cuya discusión pública tuvo lugar los días 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011 (pendiente de engrosarse al momento de redactar el presente ensayo).

Publicado originalmente en CARBONELL, Miguel, y SALAZAR, Pedro, *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM, 2011. Agradezco al doctor Humberto Nogueira Alcalá su interés para republicarlo en esta importante revista.

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

los Derechos Humanos, que interpreta de manera “última” y “definitiva” el Pacto de San José.

Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho Tribunal internacional para que en todo caso sea aplicado el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales.

En otras palabras, el “parámetro” del “control difuso de convencionalidad” (que como mínimo comprende la CADH, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH), puede ser válidamente ampliado en sede nacional cuando se otorgue mayor efectividad al derecho humano en cuestión. Lo anterior, incluso, lo permite el artículo 29.b) de la CADH al establecer que ninguna disposición del Pacto de San José puede ser interpretado en el sentido de que “limite 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”; la propia jurisprudencia de la Corte IDH así lo ha reconocido en la Opinión Consultiva 5/85 (relativa a la colegiación obligatoria de periodistas), precisamente al interpretar dicho dispositivo convencional: “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable” (párr. 52). En este sentido, la circunstancia de no aplicar el “estándar mínimo” creado por la Corte IDH por considerar aplicable otra disposición o criterio más favorable (sea de fuente nacional o internacional), implica, en el fondo, aplicar el estándar interamericano.

La “obligatoriedad” en nuestro país de este nuevo “control difuso de convencionalidad” se debe: (i) a las cuatro sentencias condenatorias al Estado mexicano (2009-2010) donde expresamente refieren a este “deber” por parte de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, para ejercerlo;¹ (ii) a lo dispuesto en los artículos 1º (obligación de respetar los dere-

¹ *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209, párr. 339; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie

chos), 2º (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 29 (normas de interpretación más favorables) de la CADH, vigente en nuestro país desde el 24 de marzo de 1981.² (iii) a lo dispuesto en los artículos 26 (*Pacta sunt servanda*) y 27 (no invocación del derecho interno como incumplimiento del tratado) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980; (iv) a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, vigente desde el 11 de junio de 2011, particularmente a los nuevos contenidos normativos previsto en el artículo 1º constitucional,³ y (v) a la aceptación “expresa” de este tipo de “control” por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como parte importante del cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el Caso *Radilla Pacheco*, al conocer del expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011; lo cual implicó, entre otras cuestiones, aceptar también el “control difuso de constitucionalidad”, al realizar una nueva interpretación del artículo 133 constitucional a la luz del vigente artículo 1º del mismo texto fundamental.⁴

La Suprema Corte de Justicia utiliza como uno de sus argumentos torales el contenido normativo del reformado artículo 1º constitucional, cuestión que estimamos fue determinante si consideramos la primera ocasión que discutieron

C N° 215, párr. 234; *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216, párr. 219; y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225. En este último asunto se precisa que dicha obligación recae no sólo en los “jueces”, sino en general en todos los “órganos vinculados a la administración de justicia” de “todos los niveles” (sean locales o federales).

² Véase *infra*, apartado “VI.4: Fundamento jurídico del “control difuso de convencionalidad”: el Pacto de San José y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.

³ Para los efectos que aquí interesan, resultan especialmente relevantes los tres primeros párrafos:

“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 los casos y bajos las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a 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” (énfasis añadido).

⁴ Véase *infra* “VIII. La recepción del “control difuso de convencionalidad” en México”, especialmente el apartado “2. El cumplimiento (parcial) de la sentencia del *Caso Radilla* y su discusión en la Suprema Corte”.

los ministros dicho asunto en septiembre de 2010⁵ y la manera en que resolvieron el amparo en revisión 989/2009 (fuero militar),⁶ en agosto de 2009 (además de haber influido, seguramente, los otros tres casos posteriores de condena al Estado mexicano por parte de la Corte IDH sobre el mismo tópico).⁷

De ahí la importancia de realizar una primera aproximación a este nuevo “control” que deben emprender todos los jueces y órganos de administración de justicia mexicanos, a la luz de la reciente reforma constitucional.

El objetivo que pretendemos en este modesto trabajo es doble. Por una parte, establecer los vínculos estrechos entre la técnica de la “interpretación conforme” y el “control difuso de convencionalidad”, en términos generales y sin referencia a un país determinado, toda vez que la Corte IDH no lo ha realizado de manera expresa; de ahí que pensemos, como lo sostuvimos en su momento en nuestro “voto razonado” en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010, que existen diversos grados de “intensidad” y “realización” del “control difuso de convencionalidad”, según las competencias de cada juez y del particular sistema de control constitucional previsto en cada Estado. Sobre esto último, conviene precisar, desde ahora, que el “control difuso de convencio-

⁵ Cfr. la consulta a trámite presentada por el entonces ministro presidente, Guillermo I. Ortiz Mayagoitía, en el expediente Varios 489/2010. El interesante proyecto fue elaborado por el ministro José Ramón Cossío y fue “rechazado” por “exceder” los términos de la consulta planteada (lo que originó el expediente Varios 912/2010). El debate se realizó los días 31 de agosto, 2, 6 y 7 de septiembre de 2010. Un análisis de este debate y de lo resuelto ante la Corte IDH, así como del impacto en el orden jurídico mexicano de dicha sentencia, pueden verse en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, pról. de Diego García Sayán, México, Porrúa-UNAM, 2011.

⁶ Promovido por Reynalda Morales Rodríguez, en el cual se impugnaba la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar, por extender la jurisdicción militar a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense. Este caso fue resuelto, por mayoría de seis votos contra cinco, en el sentido de que la víctima del proceso penal carece de “interés jurídico” para promover juicio de amparo de conformidad con la Ley de Amparo. Así, la Suprema Corte de Justicia dejó pasar una oportunidad para pronunciarse sobre el fuero militar, previo a la condena del *Caso Radilla Pacheco* y resulta lamentable que sea la Corte IDH la que tuviera que establecer la inconvencionalidad de dicho precepto, cuando pudo haberlo realizado la Suprema Corte a la luz del artículo 13 constitucional y de los estándares internacionales en la materia. Sobre la evolución jurisprudencial de la Corte IDH en la temática de jurisdicción militar, véase el “prólogo” de Diego García Sayán, actual presidente de dicho Tribunal internacional, a nuestro libro *Jurisdicción militar y derechos humanos*, *ibidem*, pp. XIX-XXXIV.

⁷ Es decir, los casos *Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; *Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

nalidad” que adopta la Corte IDH en su jurisprudencia a partir del año 2006 (con precisiones y desarrollos posteriores), no implica, necesariamente, que los países que han aceptado su jurisdicción deban “adaptar” sus sistemas de control constitucional a uno de tipo “difuso”, sino que apliquen ese tipo de control de convencionalidad a cualquiera de los sistemas existentes (concentrado, difuso o mixto).

En realidad, lo que implica dicho “control” es la obligación de todos los jueces nacionales (como parte del Estado) de ejercerlo, de oficio, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. La Corte IDH no puede (ni lo ha pretendido), convertirse en un órgano que “defina” o “imponga” los sistemas de control constitucional que cada país adopta, como resultado de su propia cultura, realidad y contexto histórico.

Lo que pretendemos en este trabajo, en consecuencia, es tratar de aproximarnos hacia una “teoría general” sobre la aplicabilidad por parte de los jueces nacionales del “control difuso de convencionalidad” (que preferimos denominarlo así para diferenciarlo del “control de convencionalidad” que realiza la Corte IDH en sede internacional).

Este análisis es válido si comprendemos que dicho “control” es aplicable a cualquier tipo de sistema de control constitucional existente en América Latina, sin que se dirija exclusivamente a los “jueces constitucionales”. Lo anterior debido, como lo trataremos de evidenciar, a que el “control difuso de constitucionalidad” no consiste simplemente en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al “parámetro” de convencionalidad, sino que implica, en primer término, tratar de “armonizar” la norma nacional con la convencional; lo cual significa realizar una “interpretación conforme” de la norma nacional con la CADH, sus protocolos y la jurisprudencia convencional (como estándar mínimo), para desechar aquellas “interpretaciones” contrarias o incompatibles al parámetro convencional; por lo que, en realidad, se realiza un “control” de la interpretación que no cubra dicho parámetro. Y este ejercicio de compatibilidad lo puede realizar cualquier juez dentro de sus respectivas competencias, quedando reservada la “inaplicación” o “declaración de invalidez” de la norma inconvencional, exclusivamente a los jueces que dentro del sistema nacional tengan competencia para ello.

En el caso mexicano, la intensidad del “control difuso de convencionalidad” aumentó, al haber aceptado recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación el “control difuso de constitucionalidad” (por la “nueva” interpretación que se hace del artículo 133, en relación con el vigente artículo 1º constitucional); apartándose de su tradicional jurisprudencia que venía reiterando desde

la década de los años cuarenta del siglo pasado;⁸ es decir, ahora tienen los jueces locales dentro de su competencia la posibilidad de “inaplicar” la norma inconstitucional/inconvencional al caso particular, lo que les permite ejercer, de oficio, el “control difuso de convencionalidad” con una intensidad fuerte.

Lo anterior requerirá de reformas legislativas que permitan realizar con “efectividad” este control, a luz de lo resuelto por la Suprema Corte y de los nuevos paradigmas del artículo 1º constitucional, en relación, fundamentalmente, con los artículos 99, 103, 105, 107 y 133 constitucionales (sin que sea obstáculo la falta de reglamentación para que desde ahora puedan válidamente realizar dicho control); teniendo también presente la “articulación” que necesariamente debe existir con el “derecho procesal constitucional local”, es decir, con los subsistemas previstos en las entidades federativas que prevén garantías y jurisdicciones para la protección de los derechos humanos.⁹ Esto implicará, también, una intensa capacitación y actualización de los jueces sobre los contenidos del derecho internacional de los derechos humanos y, particularmente, de la jurisprudencia de la Corte IDH, así como del funcionamiento de la nueva técnica interpretativa de las normas relativas a los derechos humanos prevista en la cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional); criterio hermenéutico, por cierto, “no disponible” por el intérprete; es decir, no es “optativo” para el juez, sino que constituye un mandato constitucional obligatorio cuando se trate de interpretar normas de derechos humanos.

En segundo lugar, nuestro análisis pretende dejar abierto un camino por recorrer en los próximos años por nuestros jueces al interpretar los derechos humanos. Pretendemos visualizar cómo el nuevo canon interpretativo para las normas de derechos humanos previsto en el párrafo segundo del artículo 1º constitucional, se convertirá en la principal herramienta para lograr la apertura del derecho nacional al derecho internacional de los derechos humanos; en una “llave de acceso” a un territorio novedoso y de amplio espectro (más allá de lo regional), incluso al derecho internacional en general, toda vez que el párrafo 1º de ese mismo precepto otorga rango constitucional a los derechos humanos previstos en cualquier tratado internacional, sea cual sea su denominación y especificidad (bloque constitucional).

⁸ Cfr. *las discusiones* del Tribunal Pleno al pronunciarse en el expediente Varios 912/2010 (pendiente de engrose), especialmente los días 11 y 12 de julio de 2011.

⁹ Cfr. González Oropeza, Manuel, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006.

Esta apertura, evidentemente, amplía el parámetro para ejercer el “control difuso de convencionalidad”; es decir, se extiende más allá del *corpus iuris* interamericano y de su jurisprudencia, para comprender ahora a todos los derechos humanos previstos en los tratados internacionales (en general) y los criterios interpretativos que emitan los órganos que conforme al mismo tratado se encuentren legitimados para interpretarlos, especialmente los tribunales internacionales (como pueden ser los emitidos por el Tribunal Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional o el Tribunal Internacional del Mar), dado que, eventualmente, pueden producir criterios en materia de derechos humanos.¹⁰ Así, mientras el primer párrafo establece un “bloque constitucional” (normas que integran el texto constitucional), el segundo párrafo refiere a una “pauta” o “criterio hermenéutico” de las normas de derechos humanos (con independencia de su rango o jerarquía), que será el instrumento fundamental que utilicen los jueces en esa materia.

Ante esta dimensión que afrontarán los jueces y el peligro de la “fragmentación” que pudiera existir del derecho internacional, los principios de “armonización” y “pro persona” (contenidos en la cláusula de interpretación conforme del segundo párrafo del artículo 1º constitucional), se convierten, además de una guía o pauta interpretativa, en la “clave” para lograr la máxima efectividad de los derechos humanos.

II. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Los decálogos de los derechos y sus garantías previstas en las Constituciones nacionales resultaron insuficientes. La necesidad de que los Estados nacionales se unieran para emitir documentos internacionales donde reconocieran derechos humanos a manera de un estándar internacional y se establecieran órganos de supervisión y control, se hizo patente después del sufrimiento de la humanidad al terminar la segunda guerra mundial.¹¹

¹⁰ Como sucedió con el famoso *Caso Avena y Otros* ante la Corte Internacional de Justicia. Sobre este emblemático caso, véase Méndez-Silva, Ricardo, “El Caso Avena y Otros. El derecho a la información consular de los detenidos en el extranjero, con particular referencia a los sentenciados a muerte. La controversia México-Estados Unidos en la Corte Internacional de Justicia”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, t. I: “Derechos humanos y tribunales internacionales”, pp. 969-1013.

¹¹ En general, sobre el desarrollo progresivo del derecho internacional a partir de 1945 y especialmente del derecho internacional de los derechos humanos, véanse SEPÚLVEDA, César, *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, México, FCE-UNAM, 1995; AYALA CORAO, Carlos,

Ante este estado de cosas, comienza un proceso de *internacionalización del derecho constitucional (de los derechos humanos)*. El derecho internacional, que se encontraba fundamentado en las relaciones de los estados y no en la protección de los individuos, inicia una transformación importante. Surge así el *derecho internacional de los derechos humanos*, donde la interacción entre los derechos internacional, constitucional y procesal resulta evidente, lo que también provoca nuevos entendimientos con el tradicional concepto de “soberanía” y de los Estados nacionales.

La existencia de una pluralidad de órdenes jurídicos en un sistema mundial de niveles múltiples, caracterizado por interrelaciones y jerarquías complejas, ha dado lugar al *transconstitucionalismo* (en sus distintas formas),¹² que implica en realidad un *pluralismo constitucional*,¹³ generando lo que algún autor ha denominado como *constitución red*.¹⁴ En este proceso de integración y para los efectos que nos interesan, nos centraremos en tres dimensiones, que reflejan la tendencia de este constitucionalismo universal.¹⁵

1. Sistema Universal

La Carta de Naciones Unidas (1945), firmada por 51 países (actualmente son 192 los estados miembros), representa el inicio de este movimiento, después de la fallida Sociedad de Naciones.¹⁶ En su “preámbulo” se refiere a la necesidad de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres

“La mundialización de los derechos humanos”, en Häberle, Peter, y García Belaunde, Domingo (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, México, UNAM, 2011, tomo I, pp. 59-85; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, 3ª ed., Madrid, Dilex, 2007; BOU FRANCH, Valentín, y CASTILLO DAUDÍ, Mireya, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

¹² Véase el interesante libro de NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WFM Martins Fontes, 2009.

¹³ Cfr. BUSTOS GISBERT, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 52, 2011 (en prensa).

¹⁴ Cfr. BUSTOS GISBERT, Rafael, *La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñate, OVAP, 2005; de este mismo autor,

¹⁵ Cfr. DE DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel, *Constitucionalismo universal: la internacionalización y estandarización de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009.

¹⁶ El antecedente e la ONU es la fallida Sociedad de Naciones, que naciera por el Tratado de Versalles en 1919 después de la Primera Guerra Mundial y formalmente desaparece en 1946.

y de naciones grandes y pequeñas”. Los derechos y libertades deben además tener “efectividad” como lo expresa el artículo 56, inciso c) de dicho instrumento fundacional.

La Comisión de Derechos Humanos (creada en 1946 y convertida en Consejo en 2006) se encargó de la redacción de lo que se convertiría en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* aprobada en París por la Asamblea General Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Esta declaración compuesta de tan sólo 30 artículos, constituye el primer paso de la internacionalización del derecho constitucional en cuanto establece un catálogo de derechos humanos para la humanidad. Si bien la declaración, en principio, carece de fuerza jurídica, debido a su aceptación generalizada como instrumento de humanización, progresivamente se le ha otorgado carácter vinculante, sea por los tribunales internacionales o regionales, incluso por los propios ordenamientos y tribunales internos. De esta manera, la *Declaración Universal* se convirtió en el eje o piedra angular del *derecho internacional de los derechos humanos*.

A partir de entonces se han venido aprobando numerosos e importantes documentos y tratados internacionales en esa materia, algunos de ellos, por su importancia y a manera de textos básicos, se le han denominado en su conjunto como la *Carta Internacional de los Derechos Humanos*.¹⁷ Debe también destacarse que al lado de esta regulación convencional de derechos, se han creado Comités para supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados signatarios,¹⁸ así como el establecimiento de órganos jurisdiccionales.¹⁹

¹⁷ Así se le conoce al conjunto de instrumentos internacionales básicos para la protección de los derechos humanos, que se compone por la propia *Declaración Universal* (1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos aprobados en 1966 y entrando en vigor una década después). Asimismo, también se contemplan en estos instrumentos básicos, el *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966), donde se establece la posibilidad de comunicaciones individuales ante el Comité de Derechos Humanos, y el *Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, destinado a abolir la pena de muerte (1989).

¹⁸ Comités de Derechos Humanos; de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; para la eliminación de la discriminación racial; de los derechos del Niño; contra la Tortura; para la eliminación de la discriminación contra la mujer; y de los Derechos de los Trabajadores Migratorios.

¹⁹ La Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de Naciones Unidas, previsto desde el texto original de la Carta constitutiva de 1945. Posteriormente se han creado otros tribunales especializados como el Tribunal del Mar (1982). En materia penal destacan los tribunales ad-hoc: Nüremberg, Tokio, Ruanda, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, entre otros. Además, se ha creado la Corte Penal Internacional, cuyo estatuto se firmó en 1998 y entró en vigor en 2002, lo que ha significado un significado avance al constituir un sistema permanente penal internacional.

2. *Sistemas regionales de protección de derechos humanos*

Paralelamente al sistema universal, se han creado hasta el momento tres sistemas regionales en la protección de derechos humanos: el europeo, el interamericano y el africano.²⁰

A. *Sistema Europeo*. Es el más antiguo de los tres sistemas. Surge con la aprobación por el Consejo de Europa,²¹ del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (1950 y vigente en 1953).²² Hasta la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 (1998) de dicho Convenio, existían tres órganos de control: La Comisión, el Tribunal y el Comité de Ministros (representantes permanentes de los Estados), con sedes en Estrasburgo, Francia. A partir de esa fecha existe acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al desaparecer la Comisión,²³ lo que propició un aumento impresionante en el número de asuntos. Sólo en el 2009 dicho Tribunal recibió 57,100 casos, lo que representa una cifra mayor a todos los asuntos que resolvió en sus primeros 40 años de funcionamiento, que fue de 45,000 asuntos (1959-2008). Así, el rezago ascendió a 119,300 casos pendientes al 1º de enero de 2010, de los cuales más del 50% se refieren a demandas contra cuatro Estados: Rusia, Turquía, Ucrania y Rumania.²⁴

En 2010 se recibieron 61,300 asuntos, lo que representó un aumento del 7% con respecto al año 2009.²⁵ De esta forma, el número total de asuntos pendientes

²⁰ Aunque se ve distante, sería deseable que en el futuro se incrementen los sistemas regionales, que pudieran impulsar las organizaciones de Estados, como la Liga de Estados Árabes o la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático.

²¹ El Estatuto del Consejo de Europa o Tratado de Londres (1949) fue firmado por 10 estados (actualmente son 47 estados europeos y cinco observadores: Estados Unidos, Canadá, Japón y México, además de la Santa Sede).

²² También se aprobó en 1961 la *Carta Social Europea*, si bien no son objeto de control jurisdiccional y sólo cuentan con el control de los informes que deben rendir los Estados, sujetas a revisión por el Comité de Ministros del Consejo de Europa que puede emitir recomendaciones; lo que ha propiciado un desequilibrio en la protección de estos derechos económicos y sociales, con respecto a los civiles y políticos previsto en la Convención de Roma, que tienen la vía abierta ante el Tribunal de Estrasburgo. Sobre este instrumento internacional, véase QUESADA, Luis Jimena, "La Carta Social Europea y la Unión Europea", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 13, primer semestre de 2009, pp. 389-407.

²³ En realidad la Comisión continuó sus funciones un año después, hasta el 31 de octubre de 1999, para desahogar los casos que había declarado admisibles con anterioridad a la entrada en vigor de dicho Protocolo.

²⁴ Más del 90% de las demandas no son admitidas, por lo que en realidad se han dictado cerca de 12,000 sentencias durante más de medio siglo de historia. *Cfr. 50 years of activity: European Court of Human Rights. Some facts and Figures*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2010.

²⁵ Informe anual de la Corte Europea de Derechos Humanos, correspondiente al año 2010.

de resolver se elevó en 2010 en un 17%, esto es, de 119,300 del año 2009, a 139,650 para el año 2010.²⁶ Las cifras continúan en aumento en el presente 2011 en un 21% con respecto al año anterior.²⁷

El Tribunal de Estrasburgo se integra por 47 jueces (uno por cada Estado integrante del Consejo de Europa), nombrados por un único período de nueve años (a partir del Protocolo 14). En general tiene competencias *consultivas*, para la interpretación y aplicación de la Convención; y *contenciosas*, para conocer de a) *demandas interestatales* (a diferencia del sistema interamericano se han presentado casos) entre Estados miembros por incumplimiento del Convenio; o b) *demandas individuales*, donde cualquier persona o grupo puede plantear la demanda. En la actualidad son 800 millones de personas pertenecientes a los 47 Estados miembros los que pueden tener acceso a esta jurisdicción internacional.²⁸

El 1º de junio de 2010 entró en vigor el Protocolo núm. 14 del Convenio, debido a la ratificación de Rusia, que era el único de los 47 Estados que faltaba por ratificarlo y que durante varios años se rehusó. Este ansiado instrumento supone reformas sustanciales en la tramitación y efectividad del Tribunal,²⁹ así como una importante vinculación con la Unión Europea debido al Tratado de

²⁶ *Idem.*

²⁷ Véase el informe estadístico en la página de la Corte Europea de Derechos Humanos, correspondiente a julio de 2011 (<http://www.echr.coe.int>)

²⁸ En general, sobre el funcionamiento y futuro de la Corte Europea, véanse las interesantes reflexiones de FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional", en la obra colectiva, *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 1105-1155.

²⁹ Las reformas más significativas del Protocolo 14 son: a) nombramiento de los jueces por un único período de nueve años (en lugar de seis años con posibilidad de reelección); b) competencia de jueces individuales o únicos para poder desechar demandas (antes un comité de tres jueces o una Sala de siete jueces lo hacía), sin que exista recurso alguno; en caso de duda, este juez remitirá el asunto a un comité de jueces o a la Sala; y no podrá el juez individual conocer de un asunto en contra del Estado que lo propuso; c) criterios de admisibilidad más rigurosos, que implican la gravedad de la violación novedad y no asuntos reiterativos; d) competencia de los Comités de tres jueces para resolver determinados asuntos (antes era competencia de las Salas); e) las decisiones de admisibilidad y de fondo respecto de demandas individuales se harán de manera conjunta, como de hecho se venía realizando, pudiendo en determinados casos separarlas; f) la creación de un recurso por incumplimiento de las sentencia, cuya competencia es del Comité de Ministros (conformado por representantes permanentes de los Estados), y g) la posibilidad de que la Unión Europea sea parte del Convenio, de conformidad con el Tratado de Lisboa. Un análisis crítico a este Protocolo, puede verse en Pastor Ridruego, José Antonio, "El Protocolo número 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿Estamos ante la reforma que necesita el Tribunal?", en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, núm. 1, 2004, pp. 141-150.

Lisboa que entró en vigor el 1º de diciembre de 2009.³⁰ Las reformas propuestas, sin embargo, parecen insuficientes. Representantes de los 47 Estados integrantes del Consejo de Europa se reunieron el 18 y 19 de febrero de 2010 en Suiza, para reflexionar sobre el futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que dio lugar a la “Declaración de Interlaken”, estableciendo un plan de acción a mediano y largo plazo, que será evaluado en 2011, 2012, 2015 y 2019.³¹

B. *Sistema Interamericano*. En 1948 se aprueba la Carta de la Organización de los Estados Americanos por 21 países (actualmente son 35 miembros),³² en el seno de la IX Conferencia Interamericana celebrada en Bogotá. En esa misma reunión se aprobó la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, primer documento internacional con una proclamación general de derechos, ya que se anticipó varios meses a la *Declaración Universal*.

La *Convención Americana de Derechos Humanos* (en adelante CADH) fue suscrita en San José, Costa Rica, en 1969, entrando en vigor en 1978; instrumento que debe complementarse con sus protocolos adicionales.³³ El sistema se integra por la *Comisión Interamericana*, cuya sede se encuentra en Washington, D.C., si bien la Comisión se estableció en 1959, inició funciones al año siguiente; y la *Corte Interamericana*, radicada en San José, Costa Rica, comenzando sus actividades en 1979. Hasta la fecha, de los 35 países que integran la OEA, 24 han ratificado la CADH (con la denuncia de Trinidad y Tobago, una infructuosa

³⁰ Sobre los contenidos y repercusiones del Tratado de Lisboa, véase GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “La Unión Europea como una fotografía en continuo movimiento. El Tratado de Lisboa”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, núm. 124, enero-abril de 2009, pp. 343-354.

³¹ Véase la Declaración: *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Interlaken Declaration* (19 de febrero de 2010).

³² Cuba se reincorpora a la OEA en 2009, al dejarse sin efectos una resolución de 1963 que se excluyó al gobierno de dicho país en el sistema interamericano. Asimismo, debe considerarse que Honduras fue suspendido del derecho de participación en 2009, derivado del golpe de estado, si bien se ha reincorporado en junio de 2011.

³³ Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1998); y Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Asunción, Paraguay, 1990). Asimismo, debe tenerse presente otros instrumentos internacionales, entre los más importantes destacan: Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, Colombia, 1985); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, Brasil, 1994); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará, Brasil, 1994); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Guatemala, 1999); Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (Comisión Interamericana, 2000); Carta Democrática Interamericana (Asamblea General de la OEA, 2001); Convención Interamericana sobre la Corrupción (Caracas, Venezuela, 1996), entre otros.

separación del Perú, y una recomendación de denuncia por la Sala Constitucional de Venezuela);³⁴ mientras 21 países han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, lo que representa que más de 500 millones de personas están bajo su jurisdicción. Esta dimensión supranacional configura una especie de “amparo internacional”.³⁵

Ambos órganos se integran por siete miembros, con duración de cuatro años para los comisionados y seis para los jueces, con posibilidad de reelección por una ocasión. A partir de la opinión consultiva 20/09 solicitada por la República Argentina, resuelta en septiembre de 2009, la Corte interpretó los artículos 44 y 45 del Pacto de San José, limitando la figura de juez *ad hoc* para que integre la Corte cuando en la misma no hubiere un juez de su nacionalidad, sólo en los casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales (hasta la fecha no se han presentado), excluyendo esa posibilidad en casos originados en peticiones individuales, como se venía realizando; señalando además que el juez nacional del Estado demandado no podrá participar en los casos contenciosos originados en peticiones individuales; lo anterior se ha incorporado en las reformas al Reglamento de la Corte Interamericana, en vigor desde el 1º de enero de 2010.³⁶

Estas reformas resultan trascendentales, en la medida en que se otorgan más facultades a las presuntas víctimas y sus representantes, como la posibilidad de presentar directamente la demanda, que antes realizaba la Comisión,³⁷ lo que

³⁴ Sólo Trinidad y Tobago se ha separado por la denuncia a la Convención en 1998, que entró en vigor en 1999. El Perú, en la época de Fujimori, pretendió infructuosamente separarse del sistema; y Venezuela recientemente, en la sentencia núm. 1939 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela declaró “inejecutable” la sentencia de la Corte Interamericana en el *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, que versaba sobre la destitución arbitraria de tres jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por lo que solicitó al Presidente de la República que denunciara la Convención Americana, lo cual no ha sucedido. Sobre esta delicada sentencia, véase el libro de AYALA CORAO, Carlos, *La “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2009; en general, sobre la actuación de la Sala Constitucional de ese país, véase BREWER CARÍAS, Allan R., *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007.

³⁵ *Cfr.* FIX-ZAMUDIO, Héctor, y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho de amparo*, México, Porrúa-UNAM, 2011, particularmente, el capítulo decimonoveno: “Amparo Internacional”, pp. 267-286.

³⁶ El primer Reglamento data de 1980; el segundo de 1991; el tercero de 1996; el cuarto de 2000, con reformas en 2003 y 2009 (vigente a partir del 1º de enero de 2010). En realidad, esta última reforma constituye un nuevo Reglamento, por la cantidad y trascendencia de sus reformas.

³⁷ Con la reforma, el procedimiento ante la Corte se inicia con la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención (informe de fondo) y no con la presentación de la demanda por la Comisión, dejando a las víctimas o a sus representantes dentro de los dos meses siguientes la posibilidad de presentar

podiera representar el camino para que en el futuro se aceptara el acceso directo del individuo como sucedió en Europa,³⁸ lo cual ha significado para el sistema europeo un rezago considerable como lo demuestran las estadísticas que hemos señalado.

Debe destacarse que el 1º de junio de 2010 entró en vigor el Reglamento de la Corte IDH sobre el Funcionamiento del Fondo sobre Asistencia Legal de Víctimas, que tiene como objetivo el apoyo a las personas que carecen de recursos económicos; así como el Acuerdo de Entendimiento con la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, que brinda asistencia legal gratuita a las presuntas víctimas que carecen de recursos económicos o de representación legal ante dicho Tribunal internacional.

La Corte tiene básicamente dos atribuciones: la *consultiva*, con 20 solicitudes atendidas hasta la fecha; y la *contenciosa*, con 151 demandas recibidas hasta diciembre de 2010, originados de peticiones individuales (cerca de 100 fueron resueltos entre 2003 a 2010). Asimismo, su labor se complementa con resoluciones que dicta tratándose de *medidas provisionales* (88 resoluciones, hasta finales de 2010) y de *supervisión de cumplimiento de sentencias* (hasta diciembre de 2010, 111 casos se encuentran en este estado).³⁹

De acuerdo con el último informe del presidente de la Corte IDH correspondiente al año 2010, el promedio de duración del procedimiento de un caso contencioso es de 17,4 meses (considerando los años 2006 a 2010); promedio que se considera desde la fecha del sometimiento del caso ante la Corte IDH, hasta el dictado de la sentencia de reparaciones. Por último, debe destacarse que el número de asuntos ha aumentado en un 500% en la última década.⁴⁰

dicha demanda de manera autónoma ante la Corte (escrito de solicitudes, argumentos y pruebas). La Comisión no puede ahora ofrecer testigos y declaraciones de las víctimas y sólo en algunos casos podrá ofrecer peritos; se crea la figura del Defensor Interamericano en aquellos casos en que las víctimas no cuenten con representación legal (antes lo representaba la Comisión); se incorpora lo resuelto en la opinión consultiva 20/09, relativa a que los jueces no pueden participar de las demandas individuales cuando el Estado demandado sea el de su nacionalidad y la figura del juez *ad hoc* se restringe exclusivamente para comunicaciones interestatales; se autoriza el uso de nuevas tecnologías, por ejemplo, notificaciones por medios electrónicos, declaraciones vía audiovisual, etc.; rectificación de las sentencias, de oficio o a petición de parte, por errores notorios, entre otros aspectos relevantes que fueron motivo de esta reforma al Reglamento.

³⁸ Sobre esta eventual reforma, véase la obra CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, y VENTURA ROBLES, Manuel E., *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed., San José, CIDH-UNHCR, 2004.

³⁹ *Cfr.* Informe Anual 2010, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁰ *Cfr.* discurso pronunciado por el presidente de la Corte IDH, Dr. Diego García Sayán, ante la XLI Asamblea General de la OEA (San Salvador, El Salvador, 7 de junio de 2011).

C. *Sistema Africano*. Es el más reciente de los sistemas regionales y todavía está en fase de formación. La *Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos*, también conocida como *Carta de Banjul* (1981 y vigente en 1986), fue aprobada en Nairobi, Kenya, en la XVIII Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana, denominada desde 2002 como Unión Africana. Una de las principales características de esta Carta es que se regulan los derechos económicos, sociales y culturales, de manera conjunta con los derechos civiles y políticos, lo que no sucede en los otros sistemas regionales, además destacan los derechos colectivos y del desarrollo de los pueblos.

La Carta prevé una *Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, que se integra por once personalidades africanas de prestigio. Fue constituida en 1987, teniendo su sede en Banjul, Gambia. Asimismo, existe una *Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, creada a través de un protocolo posterior a la Carta en Uagadugú, Burkina Faso, en 1998 (entrando en vigor en 2004), si bien la propuesta de su existencia fue realizada en 1961, en una reunión de juristas africanos en Lagos, Nigeria.

La Corte se integra por once juristas. En 2006 fueron electos los primeros jueces, con renovación y nuevos integrantes en 2008. Inició sus funciones de manera provisional en Addis Abba, Etiopía, en noviembre de 2006; y luego en Arusha, Tanzania, a partir de agosto de 2007. Hasta la fecha sólo 25 países han aceptado su jurisdicción,⁴¹ de los 53 que integran la Unión Africana y que también ratificaron la Carta de Banjul. Tiene competencias *consultivas* y *contenciosas*, y el primer fallo de la Corte fue emitido el 15 de diciembre de 2009, en el caso *Michelot Yogogombaye v. República de Senegal*.⁴² En junio del presente año de 2011 se resolvieron otros dos casos, *Daniel Amare and Mulugeta Amare v. República de Mozambique & Mozambique Airlines*, y *Soufiane Ababou v. República de Argelia*; y el 25 de marzo de 2011 se dictó una medida provisional contra Libia.

⁴¹ Algeria, Burkina Faso, Burundi, Côte d'Ivoire, Comoros, Gabon, Gambia, Ghana, Kenya, Libya, Lesotho, Mali, Malawi, Mozambique, Mauritania, Mauritius, Nigeria, Niger, Rwanda, Sudáfrica, Senegal, Tanzania, Togo, Tunisia y Uganda.

⁴² Cfr., las páginas <http://www.africancourtcoalition.org>, <http://www.achpr.org> y www.african-court.org; así como los trabajos de ODIMBA, Jean Cadet, "Protección de los derechos fundamentales en África", en *El derecho de amparo en el mundo, op. cit. supra* nota 28, pp. 945-984; SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria, "El sistema africano de los derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, núm. 8, 2008, pp. 671-712; HARRINGTON, Julia, "The African Court on Humans and Peoples' Rights" en EVANS, Malcom, y MURRAY, Rachel (comps.), *The African Charter on Humans and Peoples's Rights: The system in practice 1986-2000*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 305-334; SACCUCCI, Andrea, "Il Protocollo istitutivo della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli: un primo confronto con le altre Corti regionali", *Rivista di Diritto Internazionale*, núm. 4, 2004, pp. 1036-1065.

3. Derecho Comunitario

Además de los tres sistemas regionales brevemente señalados, debe advertirse que también en ciertos sistemas de integración comunitaria se advierte la internacionalización de instituciones de derecho constitucional. Si bien estas integraciones nacen con fines esencialmente económicos, progresivamente se ha extendido a otras áreas, incluso a los derechos humanos.

Este “derecho internacional de la integración”,⁴³ se aprecia claramente con el largo y sorprendente proceso evolutivo de la hoy Unión Europea (1993),⁴⁴ que iniciara en 1951 con la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, con seis miembros (actualmente con 27); hasta llegar al trascendental Tratado de Lisboa,⁴⁵ que entró en vigor el 1º de diciembre de 2009, a manera de un paso más en la integración comunitaria.

En realidad este tratado retoma parte del fallido Tratado constitucional de 2004 (Constitución Europea). Entre sus múltiples aspectos relevantes, cabe destacar que de conformidad con el artículo 6.2 la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, lo que implicará la vinculación jurídica de dicho tratado. Esta dimensión traerá una nueva relación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Luxemburgo, que en principio obedecían a dos órdenes jurídicos distintos y ahora en materia de derechos humanos aplicarán el mismo instrumento, produciendo un orden jurídico constitucional complejo.⁴⁶

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

La progresiva aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados, se ha venido realizando a través de

⁴³ Cfr. AYALA CORAO, Carlos, “La mundialización de los derechos humanos”, *op. cit. supra* nota 11, pp. 68-69.

⁴⁴ Véase el Tratado de la Unión Europea, que entró en vigor el 1º de noviembre de 1993. Sus instituciones son: el Consejo Europeo, el Parlamento y el Consejo, la Comisión (Colegio de Comisarios), el Banco Central, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal de Cuentas.

⁴⁵ Denominado en realidad “Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”, suscrito el 13 de diciembre de 2007 y vigente a partir del 1 de diciembre de 2009.

⁴⁶ Sobre estas complejas relaciones, véanse GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010; y APARICIO WILHELMI, Marco, *La construcción de un orden público constitucional complejo. Derechos y constitución en el Estado español como Estado autonómico e integrado en la Unión Europea*, México, UNAM, 2009.

diversas fórmulas o cláusulas constitucionales o bien a través del dinamismo de la jurisprudencia constitucional.⁴⁷

Una de las manifestaciones más claras sobre esta constitucionalización del derecho internacional lo constituye otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Cada vez son más los Estados latinoamericanos que lo han aceptado, superando la clásica concepción de su equiparación legal. Esto ha sucedido, por ejemplo, en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, Paraguay y muy recientemente en República Dominicana, en su nueva Constitución proclamada el 26 de enero de 2010. Esta última refleja la tendencia evolutiva de apertura que están adoptando los textos constitucionales de nuestra región en materia de derechos humanos, al establecer que “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado” (art. 74.3) También debe destacarse el caso de México, que a partir de junio de 2011, adquieren rango constitucional los derechos humanos previstos en tratados internacionales (art. 1º).

Incluso, determinados ordenamientos constitucionales otorgan jerarquía supraconstitucional a los instrumentos internacionales en derechos humanos, en la medida en que sean más favorables en la protección de los derechos, como se establece en las nuevas Constituciones de Bolivia (art. 256.1), Ecuador (art. 424), Venezuela (art.23) o a través del dinamismo jurisprudencial en Costa Rica.⁴⁸

La incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de los derechos fundamentales en las constituciones nacionales, puede constituir parte de un “bloque de constitucionalidad”,⁴⁹ sirviendo como pará-

⁴⁷ Una situación actual de esta dimensión puede verse en los diversos trabajos contenidos en la obra colectiva García Ramírez, Sergio, y Castañeda Hernández, Mireya (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, 2009; especialmente sobre el caso mexicano, véase el ensayo de CARMONA TINOCO, Jorge, “La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México”, pp. 245-290. Asimismo, véase la obra colectiva BECERRA, Manuel, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007.

⁴⁸ La Sala Constitucional estableció que los derechos previstos en los tratados internacionales “priman sobre la Constitución” en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías. Véase la muy conocida sentencia 3435, de 11 de noviembre de 1992, relativa al beneficio concedido exclusivamente a la mujer extranjera casada con costarricense, lo que implica una desigualdad por razones de género, aplicándose diversos tratados internacionales.

⁴⁹ Como es bien conocido, la expresión se utiliza por vez primera por Louis Favoreu al comentar un fallo del Consejo Constitucional de Francia en la década de los sesenta del siglo pasado, donde, en principio,

metro de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos que violen dichos derechos. Este “bloque” también es motivo de aceptación por parte de los máximos órganos jurisdiccionales a través de un sano activismo judicial, como recientemente pareciera reconocer la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en 2009.⁵⁰

El bloque de constitucionalidad se ha venido ampliando. Además de los derechos previstos en los tratados internacionales, también lo conforma la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se ha reconocido por la Corte Constitucional de Colombia,⁵¹ la Sala Constitucional de Costa Rica,⁵² el Tribunal Constitucional del Perú⁵³ la Corte Suprema de Argentina,⁵⁴ o la Corte Suprema de República Dominicana.⁵⁵ Lo anterior es un paso significativo hacia un “bloque de convencionalidad” o, si se prefiere, de un “bloque de constitucionalidad” al estar aquel incorporado en el parámetro de constitucionalidad, como veremos más adelante.

incluía a la propia Constitución de 1958, el preámbulo constitucional y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; bloque que se ha venido ampliando en Francia y en los países donde se ha aceptado tiene contenidos distintos, como sucede en España y en varios países de Latinoamérica. En general sobre la temática, véase FAVOREU, Louis, RUBIO LORENTE, Francisco, y PÉREZ ROYO, Javier, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991.

⁵⁰ Tradicionalmente los tratados internacionales tenían rango de ley. Sin embargo, un nuevo criterio pareciera abrir la ventana hacia esta dimensión, en la sentencia 365, del 19 de octubre de 2009. Sobre esta sentencia, véase RISSO FERRAND, Martín, “El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 14, julio-diciembre de 2010.

⁵¹ A partir de la sentencia 225/95 de 18 de mayo de 1995, relativa a la naturaleza imperativa de las normas humanitarias y su incorporación al bloque de constitucionalidad. También véanse las sentencias C-578/95 y C-258/97, entre otras.

⁵² A partir de la sentencia 3550-92, antes referida. Sobre esta sentencia y en general su rol en el sistema de Costa Rica, véase HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, 3ª ed., San José, Juricentro, 2009.

⁵³ Véase la sentencia 7/2007, de 19 de junio de 2007.

⁵⁴ Sobre las diversas sentencias de la Corte Suprema argentina y su tendencial aceptación sobre el particular, véase HITTERS, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 131-156.

⁵⁵ Véase la sentencia 1990-2003, de 13 de noviembre de 2003; *cf.*: “El bloque de constitucionalidad en la determinación de los principios fundamentales del debido proceso” en *Diálogo Jurisprudencial*, número 3, julio-diciembre 2007, México, UNAM, pp. 27-50.

Por otra parte, también se advierte esta constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos a través de principios o criterios hermenéuticos. Así se han constitucionalizado los principios *pro homine* y *pro libertatis* reconocidos en el artículo 29 del Pacto de San José; o bien se ha venido empleando por las jurisdicciones nacionales.⁵⁶ También se advierte la tendencia de incorporar “cláusulas abiertas” de recepción de la normatividad convencional o cláusulas constitucionales para interpretar los derechos y libertades “de conformidad” con los instrumentos internacionales en la materia,⁵⁷ como recientemente sucedió en México al preverse en el párrafo segundo del reformado artículo 1º constitucional.

IV. LA CLÁUSULA DE INTERPRETACIÓN CONFORME EN EL DERECHO COMPARADO

Una de las fórmulas constitucionales más efectivas para lograr la armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional, es a través de la llamada cláusula de interpretación conforme. En términos generales, podríamos sintetizarla 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 internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección.

Entre los países de nuestra región que expresamente adoptan este canon interpretativo explícito en norma constitucional se encuentran Bolivia,⁵⁸ Colombia,⁵⁹

⁵⁶ A nivel constitucional se regula en Bolivia, Colombia, Perú, República Dominicana y recientemente en México, por ejemplo. Además, un buen número de jurisdicciones constitucionales han utilizado el principio *pro homine*, *pro persona* o *in bonum* en sus fallos.

⁵⁷ Sobre la temática, véase el documentado libro de CABALLERO, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España*, México, Porrúa, 2009.

⁵⁸ La nueva Constitución de 1988, en su artículo 13.IV, establece: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se *interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia*” (énfasis añadido).

⁵⁹ El artículo 93 de la actual Constitución de 1991: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Perú,⁶⁰ y, recientemente, México,⁶¹ con independencia de que varios tribunales y cortes latinoamericanas lo aplican en su jurisprudencia.

Estos países han seguido claramente el influjo de la *cláusula de interpretación conforme*, contenida en el artículo 10.2 de la Constitución democrática española de 1978, que a la letra dispone: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Precepto que fue recogido por la Constitución de Portugal (1976) en su artículo 16.2: “Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía a la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

No se trata simplemente de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional, conforme al principio *pro persona* y también derivado de la obligación general de respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales. En palabras de Queralt Jiménez:⁶²

en este proceso de armonización es un elemento esencial el uso que las jurisdicciones internas hacen del canon europeo y muy especialmente de las sentencias del Tribunal Europeo como herramientas hermenéuticas. La utilización de la jurisprudencia del TEDH como instrumento interpretativo de sus propios catálogos internos de derechos y libertades se debe, en unos casos, a la existencia de una norma interna que prevea la necesidad de interpretación conforme con el estándar europeo. Este sería el caso de España donde el art. 10.2 de la Constitución Española claramente establece la obligación de interpretación conforme y que supone el ejemplo paradigmático de este tipo de apertura al derecho internacional. En otros casos, en

⁶⁰ La “cuarta” disposición final y transitoria de la Constitución de 1993 señala: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

⁶¹ Artículo 1, párrafo segundo: “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”.

⁶² QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, UNED, núm. 20, 2007, pp. 435-470, en p. 439. Sobre la temática, véase también su libro *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008.

cambio, se deberá al cumplimiento de la obligación general derivada del art. 1º CEDH de compatibilidad con el estándar europeo compuesto tanto por el CEDH como por la jurisprudencia del TEDH.

En este sentido, el canon hermenéutico no resulta *neutro*, pues como lo explica Caballero Ochoa al estudiar el caso español, en “este tipo de interacción entre catálogos mínimos de derechos cobran relevancia las construcciones argumentativas que apuestan por un despliegue proporcional de los ordenamientos y que se sustentan plausiblemente en una disposición como la del artículo 10.2 CE (...) al tratarse de ordenamientos mínimos, se aplica el TEDH cuando la protección es mayor y el ámbito constitucional cuando éste deviniese en más protector, incluso por reenvío del derecho fundamental por medio del artículo 10.2 CE al artículo 53 CEDH que impide la interpretación del Convenio más restrictiva, siempre que esa protección no implique una lesión del contenido esencial del derecho menos protegido en caso de colisión normativa, lo que se resuelve mediante la aplicación del principio de proporcionalidad”.⁶³

En realidad la interpretación del derecho interno conforme a la normativa internacional, implica la interpretación del mismo derecho interno, en la medida en que los tratados internacionales son derecho nacional (de fuente internacional) una vez que son debidamente incorporados, como lo ha enseñando Fix-Zamudio desde hace décadas.⁶⁴ Esto implica, como ha sucedido en España, construir el contenido esencial de los derechos fundamentales a través de catálogos mínimos que deben armonizar sus propias previsiones, y que va conformando implícitamente un “bloque de constitucionalidad” (no de manera expresa, al no seguirse en España un criterio de jerarquía normativa, sino de distribución de competencias); de tal manera que a través de la interpretación constitucional se ha venido ampliando y reforzando el contenido y alcance de los derechos y libertades fundamentales por la vía de la interpretación conforme. En definitiva “el parámetro de mínimos fijado desde Estrasburgo podrá ser siempre superado pero nunca rebajado por los Estados”.⁶⁵

⁶³ CABALLERO OCHOA, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España*, México, Porrúa, 2009, p. 340.

⁶⁴ *Cfr.* FIX-ZAMUDIO, Héctor, 2ª ed., *La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, México, CNDH, 1999; así como *Los derechos humanos y su protección jurisdiccional*, Lima, Grijley-UNAM-IMDPC, 2009.

⁶⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”, *op. cit. supra* nota 62, p. 438.

La doctrina española es coincidente en afirmar que dicha cláusula fue una “disposición acertada” del constituyente de 1978⁶⁶ y que ha sido fundamental para la lograr la “apertura” al derecho internacional. El Tribunal Constitucional español ha extendido el canon hermenéutico más allá de lo previsto expresamente en la norma constitucional, al ampliarlo a los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; a los convenios de la OIT; a los informes del Comité de Libertad Sindical; a las recomendaciones de la Comisión Europea de Derechos Humanos (que desapareció a partir de la entrada en vigor del Protocolo número 11);⁶⁷ o incluso a textos carentes de efectividad formal como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000).⁶⁸

Sin embargo, en diversos análisis empíricos de las sentencias del Tribunal Constitucional, se advierte que resulta desigual en intensidad y cantidad las referencias internacionales. En la etapa de 1981 y 1997, sólo en un 10% del total de sentencias citaban de manera expresa fuentes internacionales (13% en recursos de amparo), incluido el derecho comunitario y las resoluciones del Tribunal de Luxemburgo; situación que aumentó casi al doble (19%) en la etapa de 1999 a 2004 (21% en recursos de amparo).⁶⁹ En este último período, se ha propuesto una categorización de los usos interpretativos del canon europeo empleado por el Tribunal Constitucional, teniendo en consideración la gradación en su intensidad: (i) como argumento de autoridad *ad abundantiam*; (ii) como argumento de autoridad complementario; (iii) como incorporación de pautas interpretativas y de incorporación de contenidos, y (iv) como desarrollo de un incipiente *ius commune* europeo en materia de derechos y libertades.⁷⁰

⁶⁶ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos, y JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, *El derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución española: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 34 a 37.

⁶⁷ Véase *supra* II.2.A: “Sistema Europeo”.

⁶⁸ SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, CGPJ, 1999; así como, recientemente, “La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en Casas Baamonde, María Elena y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (Dirs.), *Comentarios a la Constitución española de 1978. XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008, pp. 193-209.

⁶⁹ Cfr. SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, *Ibidem*, pp. 206-207; y QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”, *op. cit. supra* nota 62, pp. 441-443.

⁷⁰ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *ibidem*, pp. 448-462.

Lo anterior significa que no es suficiente, por sí misma, que se tenga a nivel constitucional una cláusula de interpretación conforme a los tratados internacionales para que los intérpretes la apliquen de manera sistemática y adecuada; se requiere, sobre todo, que los jueces nacionales la conviertan en una práctica cotidiana de la hermenéutica en materia de derechos humanos. Esto debe servir como una “alerta” para los jueces e intérpretes mexicanos, para que “siempre” acudan a la interpretación conforme debido al nuevo mandato constitucional del artículo 1º que se dirige a todos los intérpretes de normas en materia de derechos humanos, como a continuación pasamos a analizar.

V. LA NUEVA CLÁUSULA DE INTERPRETACIÓN CONFORME (CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL) EN MÉXICO

El segundo párrafo del artículo 1º constitucional prevé un mandato interpretativo en materia de derechos humanos.⁷¹ Se trata de la constitucionalización de un criterio o principio hermenéutico específico de los derechos fundamentales, que de manera poco clara y aislada venía realizando la Suprema Corte en los últimos años.⁷² Pauta interpretativa que se suma a la prevista por el propio texto fundamental en el párrafo cuarto del artículo 14 constitucional para los “juicios del orden civil”,⁷³ así como a los criterios de interpretación aceptados por nuestro más alto tribunal vía jurisprudencial.

Debe reconocerse, como ha sucedido en otras materias, que las entidades federativas han establecido principios interpretativos de avanzada en materia de protección de derechos humanos, como sucedió en 2008 con la reforma a la

⁷¹ Véase su texto *supra*, nota 3.

⁷² En muy pocos casos se puede advertir una clara interpretación conforme a los tratados internacionales como argumentación principal. Si bien es cierto que en los últimos años se aprecia un mayor número de sentencias donde se invocan estos instrumentos y la jurisprudencia de la Corte IDH o incluso de otros tribunales internacionales, así como otro tipo de fuentes internacionales, la mayoría de las veces no se aprecia con claridad el objeto de su invocación, al no ser un argumento sustancial para la decisión y la cita es más bien como un criterio “a mayor abundamiento”. De utilidad resulta la reciente recopilación sistematizada de los principales criterios de la Suprema Corte de Justicia donde se invocan referencias internacionales, que realizó la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Los derechos humanos en la actividad jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, SCJN-Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2 ts., 2010.

⁷³ Este párrafo expresa: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra de la ley o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

Constitución del Estado de Sinaloa,⁷⁴ que han seguido otras entidades federativas, como el Estado de Tlaxcala.⁷⁵ Incluso, cabe destacar también algunas leyes específicas, como la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, que también prevén el criterio hermenéutico en materia de derechos fundamentales de la interpretación conforme a tratados internacionales y el principio pro persona.⁷⁶

Sin ningún tipo de exhaustividad y como primera aproximación, a continuación señalaremos algunas características y consecuencias que se desprenden del criterio hermenéutico contenido en el párrafo segundo del artículo primero constitucional:

1. *Los destinatarios* de esta cláusula constitucional son todos los intérpretes de las normas en materia de derechos humanos, sean autoridades o particulares. Todas las autoridades del Estado mexicano, dentro de sus competencias, tienen que seguir este criterio interpretativo. Esto implica que los *jueces* deben

⁷⁴ Artículo 4º Bis-C: Los derechos humanos a los que hace alusión esta Constitución se interpretarán de acuerdo con los siguientes principios: I. Los derechos humanos deben interpretarse evitando la contradicción con el texto constitucional y propiciando el sentido que le sea más favorable. II. Su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y atendiendo los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. III. Cuando resulten aplicables o en conflicto dos o más derechos humanos, se hará una ponderación entre ellos a fin de lograr su interpretación armónica, logrando que su ejercicio no signifique menoscabo a los derechos de los demás y prevaleciendo la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común y la equidad. IV. Las únicas limitaciones admisibles son las previstas en el texto constitucional, mismas que deberán ser interpretadas restrictivamente. V. Se deberá optar por el sentido más favorable a la persona y atendiendo a su progresividad. VI. El interés superior del niño deberá tener consideración primordial por parte de los tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, así como en todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social. Dicho deber implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. VII. Ninguna interpretación podrá excluir otros derechos inherentes al ser humano que no estén previstos en la presente Constitución.

⁷⁵ El artículo 16.B, de manera similar al anterior precepto de Sinaloa.

⁷⁶ Los artículos 6º y 7º, respectivamente establecen:

“Artículo 6º.- La interpretación del contenido de esta ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable.

“Artículo 7º.- Para los efectos del artículo anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias”.

acudir a esta técnica de interpretación en todo caso relacionado con normas de derechos humanos en los asuntos de su competencia; los *legisladores* tendrán que adecuar la normativa existente utilizando este criterio y aplicarlo como parte de la técnica legislativa al emitir la norma; y todos los órganos de la *administración pública* deberán ajustar su actuación conforme a la nueva pauta interpretativa de derechos humanos, especialmente cuando se trate de restricción de los mismos.

2. *Resulta obligatoria* en todo caso que involucre normas de derechos humanos, lo que implica que es un mandato constitucional “no disponible” por el intérprete. Lo anterior resulta relevante para crear una práctica sistemática y constante de dicha pauta interpretativa en todos los niveles, evitando su utilización “esporádica”, en detrimento de la efectividad y cultura de los derechos humanos. Constituye un “deber” y no puede nunca ser “optativo” o “facultativo” para el intérprete de la norma en materia de derechos humanos.

3. El *objeto* materia de la interpretación conforme no se restringe:

A. exclusivamente a los derechos humanos de rango constitucional (sea de fuente constitucional o internacional), sino también comprende a los derechos infra constitucionales, toda vez que este criterio interpretativo se aplica con independencia del rango o jerarquía que tenga la norma en cuestión; de tal manera que las normas que los contengan, deberán interpretarse de conformidad con los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales; se trata, en este sentido, de una interpretación “desde” el texto fundamental hacia abajo.

B. a los previstos en el capítulo I del Título Primero de la Constitución federal, sino a todos los derechos humanos sea cual sea su ubicación en el texto fundamental (como sucede con los derechos humanos de tipo laboral previstos en el artículo 123, por ejemplo);

C. a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales específicos en dicha materia, sino también a aquellos derechos humanos previstos en “cualquier” tratado internacional, sea cual sea su denominación o la materia que regule; por ejemplo, los derechos humanos contenidos en los tratados en materia de derecho internacional humanitario o de derecho internacional en general, y

D. a normas de tipo “sustantivas”, sino también a las de carácter “adjetivas” relativas a derechos humanos. Así, la norma para interpretar derechos humanos puede ser objeto, a su vez, de interpretación conforme.

4. La expresión *tratados internacionales* contenida en dicha cláusula comprende la connotación “amplia” del término que le otorga el artículo 2.1.a) de la Con-

vención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente en México a partir del 27 de enero de 1980.⁷⁷

5. La expresión *tratados internacionales* debe comprender también la interpretación que establezcan los órganos que el propio tratado autoriza para su interpretación (órganos de supervisión, cumplimiento e interpretación, como comités, comisiones, tribunales, etc.); con mayor intensidad si existen órganos jurisdiccionales cuya misión es la aplicación e interpretación del tratado; como por ejemplo, la Corte IDH, que “tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones” del Pacto de San José.⁷⁸

De ahí que la norma interpretada por dicho Tribunal adquiere el mismo grado de eficacia que el texto convencional, como veremos más adelante al analizar las características del “control difuso de convencionalidad”, especialmente por tratarse del único órgano jurisdiccional previsto en el Sistema Interamericano, con competencia última y definitiva en la interpretación de la CADH (y sus protocolos adicionales), de donde deriva la obligatoriedad de sus interpretaciones. Este criterio constituye un estándar mínimo establecido jurisprudencialmente por la propia Corte IDH al definir el parámetro del “control difuso de convencionalidad”, sin que ello sea obstáculo para que el intérprete pueda ampliar dicho estándar y así considerar, por ejemplo, informes, declaraciones, observaciones generales y demás fuentes internacionales, siempre y cuando pudieran favorecer la “protección más amplia” en términos de la última parte del párrafo segundo del artículo 1º constitucional que analizamos. De esta forma, esta cláusula permitirá ir ampliando el “bloque de convencionalidad” creado como estándar mínimo por la propia Corte IDH.

6. La cláusula contiene un “principio de armonización” entre la Constitución y el tratado internacional. Lo anterior significa que el intérprete debe procurar una interpretación que permita “armonizar” la “norma nacional y la internacional”. No se trata de dos interpretaciones sucesivas (primero la interpretación conforme a la Constitución y luego la interpretación conforme al tratado internacional), sino de una interpretación conforme que armonice ambas. Cuando

⁷⁷ Dicho precepto señala: “Artículo 2º. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) 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*” (énfasis añadido).

⁷⁸ Artículo 62.3 de la CADH.

la fórmula constitucional se refiere a que las normas de derechos humanos se interpretarán “de conformidad con” “esta Constitución y con los tratados internacionales...”, la conjunción “y” gramaticalmente constituye una “conjunción copulativa” que sirve para reunir en una sola unidad funcional dos o más elementos homogéneos al indicar su adición. De ahí que esta cláusula cumple con una “función hermenéutica” de armonización. Y entre las posibles interpretaciones conformes de armonización, el intérprete deberá optar por la protección más amplia. En todo caso, ante una eventual antinomia debe aplicarse la norma que favorezca “a las personas la protección más amplia” como solución interpretativa que la parte final de la cláusula establece; de ahí que podría prevalecer la norma nacional en términos del artículo 29.b) de la CADH.

Constituye, en palabras de Bidart Campos, una “interpretación conciliadora” en una doble vía, en la medida de que efectúa interpretación “de” la constitución (derechos humanos de fuente constitucional e internacional) y “desde” la constitución hacia abajo (con la norma subconstitucional cuya interpretación debe ser conforme a la constitución y a los tratados internacionales).⁷⁹

El “principio de armonización” en materia internacional, ha sido establecido por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas al estudiar la problemática de la “fragmentación” del derecho internacional, consiste en que al existir varias normas que tratan de la misma cuestión, dichas normas deben interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles.⁸⁰

7. El criterio hermenéutico incorpora el principio “pro persona”. Esto implica favorecer “en todo tiempo a las personas la protección más amplia”; lo que significa interpretación más estricta cuando se trate de restricción o limitaciones a derechos y libertades. En realidad, este principio goza de rango constitucional por lo dispuesto en el primer párrafo del mismo artículo 1º constitucional, toda vez que se encuentra previsto en el artículo 29 del Pacto de San José. De ahí que los parámetros interpretativos de dicho precepto deben considerarse en la cláusula de interpretación conforme regulado en el segundo párrafo aludido.

Así, lo previsto en el numeral 29 de la CADH relativo a que ninguna disposición de ese tratado puede interpretarse para “excluir otros derechos y ga-

⁷⁹ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, México, Ediar-UNAM, 2003, p. 388.

⁸⁰ INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, correspondiente a la 58ª sesión, 1 mayo-9 junio y 3 de julio-11 agosto de 2006; Asamblea General de, Naciones Unidas. Documentos oficiales, 61ª sesión, Suplemento N° 10 (A/61/10), p. 424.

rantías que son inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno” o “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” o “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad”, deben considerarse en la “interpretación conforme” que se realice en términos del artículo 1º constitucional.

8. Esta pauta interpretativa debe complementarse, necesariamente, con lo previsto en el párrafo tercero del propio artículo 1º constitucional, de tal manera que la interpretación que se realice debe ser “de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”. Cada uno de estos principios debe ser considerado en la interpretación conforme que se efectúe para favorecer “en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, que establece la última parte de la cláusula constitucional que analizamos.

No debe pasar inadvertido, que el referido tercer párrafo del artículo 1 constitucional, parte de la premisa de la “obligación” de “todas las autoridades” para “promover, respetar, proteger y garantizar” los derechos humanos (de fuente nacional e internacional), por lo que la “interpretación conforme” que se realice debe, asimismo, considerar esta previsión para “optimizar” en todo momento “la protección más amplia”.

9. Este canon interpretativo tiene una estrecha relación con los diversos párrafos del propio artículo 1º constitucional, que en su conjunto guardan relación con otros preceptos constitucionales; por ejemplo, la interpretación sistemática de los artículos 1º, 99, 103, 105, 107 y 133 constitucionales, llevan a la configuración del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad”, es decir, el parámetro para ejercer el control “difuso”, “concentrado” o “semi concentrado” de constitucionalidad/convencionalidad, según las competencias de cada órgano jurisdiccional y el tipo de proceso de que se trate, lo cual no hay que confundir con el “bloque constitucional/convencional” (normas de rango constitucional).⁸¹

⁸¹ La distinción entre “bloque constitucional” y “bloque de convencionalidad” puede llevarnos a una funcionalidad interpretativa de los artículos 1º y 133 constitucionales, especialmente para entender el significado y alcances de la “Ley Suprema de la Unión” que tantos problemas ha ocasionado a nuestros jueces constitucionales. Sobre estos conceptos, véase CARPIO MARCOS, Edgar, “Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de leyes” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 79-114, en pp. 97-103; este autor sigue el trabajo de REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Bloque constitucional y comunidad autónoma”, ahí citado; de especial utilidad, resulta el libro de esta autora, precisamente con el título *Bloque constitucional y bloque de constitucionalidad*, Oviedo, Ediuño, 1997.

10. La cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional) que prevé el artículo 1º constitucional, guarda una estrecha relación con el “control difuso de convencionalidad” que recientemente ha sido aceptado por la Suprema Corte de Justicia al cumplimentar (parcialmente) la sentencia del *Caso Radilla*, como veremos más adelante. Esto es así, ya que para ejercer ese tipo de control por cualquier juez mexicano, debe, previamente, realizarse una interpretación conforme en términos del mandato constitucional, para realizar “control” sobre aquella interpretación incompatible con los parámetros constitucionales/convencionales; y sólo en caso de incompatibilidad absoluta donde no pueda realizarse ningún tipo de interpretación conforme posible, el “control” consistirá en dejar de aplicar la norma o declarar la invalidez de la misma, según la competencia de cada juez y el tipo de proceso de que se trate.

VI. EL “CONTROL CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD” POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter “concentrada” por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional; y otra de carácter “difusa” por los jueces nacionales, en sede interna.

La primera obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana. Es en realidad un control “concentrado” de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de “garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y “reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”; todo lo cual, cuando “decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por esta Convención” (art. 63, CADH), teniendo dicho fallo carácter “definitivo e inapelable” (art. 67, CADH); por lo que los Estados “se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todo caso de que sean partes” (art. 68.1, CADH).⁸²

⁸² Si bien la Comisión Interamericana tiene competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte, en estricto rigor no realiza un “control de convencionalidad” por no tener propiamente funciones jurisdiccionales. Las principales funciones de la Comisión se encuentran previstas en el artículo 41 de la CADH. Lo anterior no significa que sus “recomendaciones” carezcan de eficacia jurídica en el ámbito interno y, además, los criterios interpretativos que emita de la CADH puede válidamente convertirse en “parámetro” para ejercer el “control difuso de

El control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana: realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación (en sentido lato) y el Pacto de San José (y sus protocolos adicionales). En caso de violación (sea por acción u omisión), la responsabilidad internacional recae sobre el Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes. De esta manera, como lo ha sostenido García Ramírez en un importante voto concurrente:⁸³

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

Esta caracterización de control de convencionalidad es la natural competencia que realiza la Corte Interamericana en sede internacional desde sus primeras sentencias; si bien es en ese voto concurrente (2003) cuando por primera vez se utiliza la expresión. La tarea de la Corte, continúa reflexionando García Ramírez, en otro voto concurrente:⁸⁴

...se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes

convencionalidad” por los jueces nacionales, como veremos más adelante. En general, véase, HITTERS, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *op. cit. supra* nota 54.

⁸³ Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.

⁸⁴ Voto concurrente razonado de Sergio García Ramírez en el caso *Tibi vs. Ecuador*, resuelto el 7 de septiembre de 2004, párrafo 3.

sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.

Años después, vuelve García Ramírez a utilizar la expresión “control de convencionalidad” en el mismo sentido, “*fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana*”,⁸⁵ en el voto razonado emitido en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, de 26 de septiembre de 2006; mismo día en que se decidió el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, donde el pleno de la Corte Interamericana utiliza por vez primera la expresión “control de convencionalidad”, si bien otorgándole una dimensión distinta: con carácter “difuso”, a manera de una fuerza expansiva de su jurisprudencia y dirigido hacia todos los jueces de los Estados que han reconocido su jurisdicción, como a continuación pasamos a analizar.

VII. EL “CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD” POR EL JUEZ NACIONAL EN AMÉRICA LATINA. HACIA UNA TEORÍA GENERAL

Además del control “concentrado” de convencionalidad que realiza la CIDH como parte de su competencia,⁸⁶ existe otro tipo de control de carácter “difuso”, que debe realizarse por los jueces y órganos de administración de justicia nacionales o domésticos de los Estados que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han aceptado la jurisdicción de la Corte IDH.⁸⁷

⁸⁵ De tal suerte, dice García Ramírez, que derivado a ese “control de convencionalidad”, “*no puede, ni pretende —jamás lo ha hecho—, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno*”. Párr. 6 del referido voto razonado.

⁸⁶ Véanse los artículos 62.3 y 63.1 de la CHDH; 31, 32, 42, 65 y 67 del vigente Reglamento de la Corte IDH, así como 1º y 2º del Estatuto de la Corte IDH.

⁸⁷ Sobre la temática, véanse: SAGÜÉS, Néstor, “El ‘control de convencionalidad’, como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Max Planc Institut, 2010, tomo II, pp. 449-468; SALGADO PESANTES, Hernán, “Justicia constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad vs. Control de convencionalidad”, en op. últ. cit., pp. 469-495; HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Universidad de Talca, vol. 7, núm. 2, 2009, pp. 109-128; REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 26, 2008; ALBANESE, Susana, *El control de convencionalidad*

Este control es una nueva manifestación de la “constitucionalización” o “nacionalización” del derecho internacional. El “control difuso de convencionalidad” consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la CADH, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta ese *corpus iuris* interamericano. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control tiene sustento, como veremos más adelante, en la propia CADH, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y ha sido expresamente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH dentro de su competencia, como único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano e intérprete “último” y “definitivo” del Pacto de San José.

1. *Nacimiento de la nueva doctrina jurisprudencial*

Fue establecida por primera vez en el Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006.⁸⁸ Esta sentencia se inscribe en la línea de varios fallos de la Corte IDH en casos de leyes de auto amnistía. Se resolvió la invalidez del decreto ley que perdonaba los crímenes de lesa humanidad, en el período 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, debido a que dicho decreto resultaba incompatible con la CADH careciendo de “efectos jurídicos” a la luz de dicho tratado.

Sin embargo, en el fallo también se “avanza” hacia un nuevo tipo de control, teniendo en cuenta la responsabilidad internacional del Estado. Se establece que la obligación legislativa en sede interna, relativa a adoptar disposiciones de conformidad con la CADH alcanza una obligación hacia el Poder Judicial: “de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir

(coord.), Buenos Aires, Ediar, 2008; CASTILLA, Karlos, “El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir del Caso Radilla Pacheco”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 593-624; GARCÍA MORELOS, Gumesindo, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios*, México, UbiJus, 2010; y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (coord.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, UNAM-El Colegio Nacional, 2010, pp. 155-188.

⁸⁸ *Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº 154, párrs. 123 a 125.

y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”.⁸⁹

Lo anterior significa que los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además, una obligación de realizar una “interpretación convencional”, verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular, resultan “compatibles” con la CADH; de lo contrario su proceder sería contrario al artículo 1.1. de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconventional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado.⁹⁰

Así, los jueces nacionales se convierten en “guardianes” de la convencionalidad. La doctrina del “control difuso de convencionalidad”⁹¹ queda reflejada en los párrafos 123 a 125 de dicha sentencia, en los siguientes términos:

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en

⁸⁹ Párrafo 123 de la sentencia.

⁹⁰ Esto aplica en general para cualquier órgano del Estado que aplique una ley inconventional. La parte relativa del párrafo 123 de dicha sentencia señala: *“El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”*.

⁹¹ Con anterioridad, tal y como lo expusimos, existen referencias al “control de convencionalidad” en algunos votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez. *Cfr.* sus votos en los Casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27; *Caso Tibi vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004, párr. 3; *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Reparaciones y Costas, de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 155, párrs. 6 y 12.

violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.⁹²

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En 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 (énfasis añadido).

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”.⁹³ Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Si observamos con atención los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, sea por las reformas que las propias constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. Es una práctica que ya venían realizando algunos tribunales, cortes y salas constitucionales en América Latina, incluso con anterioridad al *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, como se advierte de los ejemplos de algunas sentencias dictadas por esas altas jurisdicciones y que se reproducen en los párrs. 226 a 232 de la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.⁹⁴ La novedad es que la obligación de aplicar

⁹² Cfr. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C Nº 149, párr. 172; y *Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C Nº 147, párr. 140.

⁹³ Cfr. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A Nº 14, párr. 35.

⁹⁴ Véase *infra*, epígrafe VI.3.A: Carácter “difuso”: todos los jueces nacionales “deben” ejercerlo.

la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte IDH como un “deber” hacia todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa, en realidad, una especie de “bloque de convencionalidad” mínimo para considerar la aplicabilidad del *corpus iuris* interamericano y con ello establecer un “estándar” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la competencia contenciosa de dicho Tribunal internacional.

2. Evolución y reiteración

El precedente anterior fue reiterado con ciertos matices, dos meses después, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*.⁹⁵ En efecto, en este fallo se invoca el criterio del *Caso Almonacid Arellano* sobre el “control de convencionalidad” y lo “precisa” 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.

Desde entonces se ha venido consolidando la esencia de esta doctrina, al aplicarse en los casos contenciosos siguientes: *La Cantuta vs. Perú* (2006);⁹⁶ *Boyce y otros vs. Barbados* (2007);⁹⁷ *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008);⁹⁸ *Rosendo*

⁹⁵ *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158, párr. 128: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “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. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (énfasis añadido).

⁹⁶ *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162, párr. 173.

⁹⁷ *Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C N° 169, párr. 79.

⁹⁸ *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N° 186, párr. 180.

Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos (2009);⁹⁹ *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010);¹⁰⁰ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010);¹⁰¹ *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010);¹⁰² *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010);¹⁰³ *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010);¹⁰⁴ *Vélez Loor vs. Panamá* (2010);¹⁰⁵ *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010),¹⁰⁶ *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010);¹⁰⁷ y *Gelman vs. Uruguay*.¹⁰⁸

Además, la doctrina jurisprudencial también se aplicó en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, en los *Casos Fermín Ramírez, y Raxcacó Reyes*, así como en la solicitud de “ampliación de medidas provisionales” de *Raxcacó Reyes y Otros, todos vs. Guatemala*.¹⁰⁹ Y también ha sido motivo de profundas reflexiones por parte de algunos de los jueces de la Corte IDH al emitir sus votos razonados, como los ex presidentes García Ramírez,¹¹⁰ y Cançado

⁹⁹ *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209, párr. 339.

¹⁰⁰ *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C N° 213, párr. 208, nota 307.

¹⁰¹ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C N° 214, párr. 311.

¹⁰² *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215, párr. 234.

¹⁰³ *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216, párr. 219.

¹⁰⁴ *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1° de septiembre de 2010. Serie C N° 217, párr. 202.

¹⁰⁵ *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N° 218, párr. 287.

¹⁰⁶ *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N° 219, párr. 106.

¹⁰⁷ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220, párr. 225.

¹⁰⁸ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221, párr. 193.

¹⁰⁹ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de mayo de 2008, párr. 63.

¹¹⁰ Además de los votos razonados referidos *supra* nota 91, véanse sus votos posteriores al *leading case Almonacid Arellano*, que emitió reflexionando sobre el “control de convencionalidad”: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158, párrs. 1 a 13 del voto razonado; y *Caso Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N° 192, párr. 3 del voto razonado.

Trinidad,¹¹¹ así como de los jueces *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas,¹¹² y el que escribe,¹¹³ votos a los que nos referiremos más adelante.

Debe destacarse que la Corte IDH realiza una precisión de relevancia en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. En dicha sentencia se reitera la esencia de la doctrina del “control de convencionalidad” en los siguientes términos:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente 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 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 por que 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 judiciales 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, intérprete última de la Convención Americana. (énfasis añadido).

Como puede apreciarse, la Corte IDH aclara su doctrina sobre el “control de convencionalidad”, al sustituir las expresiones relativas al “Poder Judicial” que aparecían desde el *leading case Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), para ahora hacer referencia a que “todos sus órganos” de los Estados que han ratificado la Convención Americana, “incluidos 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”; criterio que luego reiteró en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, del presente año.

¹¹¹ Cfr. sus votos razonados en los *Casos Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, *Ibidem*, especialmente los párrs. 2 y 3 de su voto; así como en la solicitud de interpretación de sentencia derivada de dicho caso, de 30 de noviembre de 2007, especialmente los párrs. 5 a 12, 45 y 49, de su voto disidente.

¹¹² Cfr. su voto razonado y concurrente en el *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N° 219, párrs. 4 y 5.

¹¹³ Cfr. nuestro voto razonado en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220.

La intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del “control de convencionalidad” se debe ejercer por “todos los jueces”, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.

Así, no existe duda de que el “control de convencionalidad” debe realizarse *por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales*, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la CADH,¹¹⁴ o por lo menos de los veintiún Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH,¹¹⁵ de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA.

3. Principales características a la luz de su desarrollo jurisprudencial

A) Carácter “difuso”: todos los jueces nacionales “deben” ejercerlo

Se trata, en realidad, de un “control difuso de convencionalidad”, debido a que *debe ejercerse por todos los jueces nacionales*. Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al crearse las “garantías” y “órganos” internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una “internacionalización del Derecho Constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”.

Una de las manifestaciones de este proceso de “internacionalización” de categorías constitucionales es, precisamente, la concepción difusa de conven-

¹¹⁴ Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la CADH.

¹¹⁵ Los Estados citados en la nota anterior, con excepción de Dominicana y Jamaica (que hasta la fecha no han aceptado dicha jurisdicción) y Trinidad y Tobago (por denuncia en 1999).

cionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del “control difuso de constitucionalidad” en contraposición con el “control concentrado” que se realiza en los Estados constitucionales por las altas “jurisdicciones constitucionales”, teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el “control concentrado de convencionalidad” lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este “control concentrado” lo realizaba, en esencia, la Corte IDH. Ahora se ha extendido dicho “control” a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno (de ahí su carácter “difuso”), si bien conserva la Corte IDH su calidad de “intérprete última de la Convención Americana” cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.¹¹⁶

Se trata de un “sistema de control extenso (vertical y general)” como acertadamente lo ha puesto de relieve el ex juez interamericano Sergio García Ramírez. Al respecto, resultan ilustrativas sus reflexiones vertidas en el voto razonado que formuló con motivo de la sentencia emitida en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*.¹¹⁷

4. En otras ocasiones he cotejado la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas. Estas tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores –principios y valores del sistema democrático– que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado. Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso).

¹¹⁶ Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188.

¹¹⁷ *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158, párrs. 4, 12 y 13 del voto razonado.

12. Este “control de convencionalidad”, de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener –como ha sucedido en algunos países– carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos.

13. Esto permitiría trazar un sistema de control extenso –vertical y general– en materia de juridicidad de los actos de autoridades –por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos–, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del *corpus juris* regional. Me parece que ese control extenso –al que corresponde el “control de convencionalidad”– se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (énfasis añadido).

El “control difuso de convencionalidad” convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la CHDH, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la “misión” que ahora tienen para salvaguardar el *corpus juris* interamericano a través de este nuevo “control”.

Este proceso evolutivo de recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos se manifiesta claramente en reformas legislativas trascendentales en los Estados nacionales, al incorporar diversas cláusulas constitucionales para recibir el influjo del Derecho Internacional. Así sucede con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos,¹¹⁸

¹¹⁸ De manera explícita, por ejemplo, en Argentina (art. 73) y República Dominicana (art. 74.3, de la nueva Constitución proclamada en enero de 2010). El rango constitucional de los derechos humanos previstos en tratados internacionales se desprende en México, debido a la reciente reforma constitucional al artículo 1º, que ha llevado a la Suprema Corte a una nueva interpretación del artículo 133 constitucional.

o incluso aceptando su carácter de supraconstitucionalidad cuando resulten más favorables;¹¹⁹ el reconocimiento de su especificidad en esta materia;¹²⁰ la aceptación de los principios *pro homine* o *favor libertatis* como criterios hermenéuticos nacionales;¹²¹ en la incorporación de “cláusulas abiertas” de recepción de otros derechos conforme a la normatividad convencional;¹²² o en cláusulas constitucionales para interpretar los derechos y libertades “conforme” a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos,¹²³ entre otros supuestos.¹²⁴ De esta forma las normas convencionales adquieren carácter constitucional.

El desarrollo descrito de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional, también se debe a las propias jurisdicciones domésticas, especialmente a las altas jurisdicciones constitucionales, que progresivamente han privilegiado interpretaciones dinámicas que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales.¹²⁵ Se forma un auténtico “bloque de constitucionalidad”, que si bien varía de país a país, la tendencia es considerar dentro del mismo no sólo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en algunas ocasiones el “bloque de

¹¹⁹ Bolivia (art. 256); Ecuador (art. 424), y Venezuela (art. 23).

¹²⁰ Con independencia de la jerarquía normativa que le otorguen, un número importante de textos constitucionales reconocen algún tipo de especificidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, por ejemplo, en Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Guatemala, Colombia, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela. Además, en las Entidades Federativas mexicanas de Sinaloa y Tlaxcala.

¹²¹ Por ejemplo, en el Perú (art. Transitorio Cuarto); Ecuador (art. 417); en la nueva Constitución de la República Dominicana, de enero de 2010 (art. 74.4), y recientemente en México (art. 1, párrafo segundo).

¹²² Por ejemplo, Brasil (artículo 5.LXXVII.2), Bolivia (art. 13.II), Colombia (art. 94), Ecuador (art. 417), Panamá (art. 17), Perú (art. 3), República Dominicana (art. 74.1) y Uruguay (art. 72).

¹²³ Por ejemplo, Bolivia (art. 13.IV), Colombia (art. 93), Haití (art. 19) y en México, a nivel federal (art. 1, párrafo segundo) y en las Entidades Federativas mexicanas de Sinaloa (4º Bis C) y Tlaxcala (artículo 16 B).

¹²⁴ Sobre la “interpretación conforme” con los pactos internacionales, véase CABALLERO, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España*, México, Porrúa, 2009.

¹²⁵ Dos de las jurisdicciones constitucionales más representativas que desde principios de la década de los noventa han adoptado interpretaciones sobresalientes para favorecer la aplicabilidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, son la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica y la Corte Constitucional de Colombia. La primera otorgó carácter supra constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos en la medida en que éstos sean más favorables a los previstos a nivel constitucional. La segunda, al reconocer dentro del “bloque de constitucionalidad” a dichos tratados. Ambas jurisdicciones han tenido importantes desarrollos posteriores en esta materia.

convencionalidad” queda subsumido en el “bloque de constitucionalidad”, por lo que al realizar el “control de constitucionalidad” también se efectúa “control de convencionalidad”.

Precisamente la Corte IDH en los párrs. 226 a 232 de la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, ha querido ejemplificar la manera en que tribunales de la “más alta jerarquía” han aplicado y aceptado el “control de convencionalidad” considerando la jurisprudencia interamericana. Representa una manifestación clara de este interesante proceso de “recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos” y sin lugar a dudas “constituye uno de los rasgos positivos sobresalientes en la hora actual, que conviene reconocer, sostener y acrecentar”.¹²⁶

En dicha sentencia se transcriben pasajes de diversos fallos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica; del Tribunal Constitucional de Bolivia; de la Corte Suprema de Justicia de República Dominicana; del Tribunal Constitucional del Perú; de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, y de la Corte Constitucional de Colombia. Son algunos ejemplos que permiten comprender esta dinámica de recepción jurisdiccional del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia convencional. A continuación se reproducen, por la importancia que tiene para evidenciar la aceptación y práctica del “control difuso de convencionalidad” en América Latina:

226. Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que:

debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio– el mismo valor de la norma interpretada.

(Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII).

¹²⁶ Párr. 9 del voto razonado emitido por el juez Sergio García Ramírez, con motivo de la sentencia referida al *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C Nº 158.

227. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado que:

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y, por ende, las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.

Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos.

(Sentencia emitida el 10 de mayo de 2010 por el Tribunal Constitucional de Bolivia (Expediente N° 2006-13381-27-RAC), apartado III.3.sobre “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)

228. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha establecido que:

en consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes.

(Resolución N° 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003 por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana)

229. De otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que:

La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutoria (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

(Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente N° 2730-2006-PA/TC), fundamento 12).

230. Dicho Tribunal también ha establecido que:

se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, *reparadora*, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, *preventiva*, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

(Sentencia 00007-2007-PI/TC emitida el 19 de junio de 2007 por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República), fundamento 26).

231. La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana “resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual dicha Corte ha establecido que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional.

(Sentencia emitida el 23 de diciembre de 2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina (Expediente 224. XXXIX), “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, considerando 6).

Igualmente, dicha Corte Suprema estableció “que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” ya que se “trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”.

(Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad. M. 2333. XLII. y otros de 13 de Julio de 2007, párr. 20)

232. Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, se deriva “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio her-

menéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”.

(Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional de Colombia, párr. 6)

Si observamos con detenimiento los fallos referidos, puede apreciarse que algunos de los criterios fueron adoptados con anterioridad a la creación pretoriana del “control de convencionalidad” en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006, como sucedió con los precedentes de Argentina (2004) Costa Rica (1995), Colombia (2000), República Dominicana (2003) o Perú (2006). Resulta evidente que la Corte IDH crea la doctrina del “control difuso de convencionalidad” advirtiendo la tendencia de la “constitucionalización” o, si se prefiere, “nacionalización”¹²⁷ del “derecho internacional de los derechos humanos” y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento “hermenéutico” y de “control” de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, la Corte IDH recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad”.

A su vez, se advierte que varias altas jurisdicciones nacionales incorporaron los parámetros del “control difuso de convencionalidad” debido al reconocimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH a partir de la creación de dicha doctrina en el año 2006. Especial mención es el trascendental precedente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina del año 2007 (Caso “Mazzeo”),¹²⁸ donde expresa el deber del Poder Judicial local de ejercer el “control de convencionalidad”, reproduciendo prácticamente lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. En efecto, en el párr. 21 del referido fallo de la Corte Suprema de Argentina se dice textualmente:

¹²⁷ Cfr. GARCÍA-SAYÁN, Diego, “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 323-384.

¹²⁸ Caso “Mazzeo, Lulio Lilo y otros s/Recurso de Casación e Inconstitucionalidad”, de 13 de julio de 2007. Sobre este importante fallo y en general sobre el carácter evolutivo de recepción del derecho internacional por parte de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, véase BAZÁN, Víctor, “El derecho internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con particular énfasis en materia de derechos humanos”, en *La Ley, Suplemento Extraordinario (75 Aniversario)*, Buenos Aires, Agosto de 2010, pp. 1-17, especialmente sobre el caso “Mazzeo” véase pp. 10, 11 y 16; asimismo, HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de onvencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)” en *Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 7, N° 2, 2009, pp. 109-128; y LOIANO, Adelina, “El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina: “Arancibia Clavel”, “Simón”, “Mazzeo”, en ALBANESE, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2008.

21. Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que 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, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En 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 –CIDH Serie C N-154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124–.

Recientemente la Suprema Corte de Justicia mexicana, al conocer de las implicaciones para el Poder Judicial de la Federación relativas al cumplimiento de la sentencia del *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, aceptó el “control difuso de convencionalidad” y lo llevó, incluso, a nuevas interpretaciones constitucionales para aceptar también el “control difuso de constitucionalidad”, como veremos más adelante.¹²⁹

Se produce un interesante influjo entre la Corte IDH y las jurisdicciones nacionales que propicia el “diálogo jurisprudencial”.¹³⁰ Diálogo que incide en la debida articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano o, por lo pronto, en Latinoamérica. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se conjuga con el Derecho Constitucional o, si se prefiere, se enlazan el Derecho Constitucional Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; lo anterior implica, necesariamente, una capacitación y actualización permanente de los jueces nacionales sobre la dinámica de la jurisprudencia convencional.

¹²⁹ Expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011. Pendiente de “engrose”, es decir, de la redacción final de la resolución. Véase *infra* “VIII. La recepción del “control difuso de convencionalidad” en México”, especialmente el apartado “2. El cumplimiento (parcial) de la sentencia del *Caso Radilla* y su discusión en la Suprema Corte”.

¹³⁰ Precisamente *Diálogo Jurisprudencial* es el nombre de la revista semestral que edita conjuntamente el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, desde el segundo semestre de 2006. El objetivo es dar a conocer los fallos de los tribunales nacionales que aplican la jurisprudencia de la Corte IDH y el derecho internacional de los derechos humanos, y el influjo que a su vez recibe ese Tribunal interamericano por parte de la jurisprudencia nacional.

En este sentido, cobra relevancia las consideraciones del ex presidente de la Corte IDH, Antônio Augusto Cançado Trindade (actualmente juez de la Corte Internacional de Justicia), al reflexionar sobre el “control de convencionalidad” en su voto razonado con motivo del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*.¹³¹

3. O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana (énfasis añadido).

La doctrina del “control difuso de convencionalidad” establecida por la Corte IDH tiene como destinatarios *a todos los jueces nacionales*, que deben ejercer dicho “control” con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de competencia que la normatividad interna les otorgue.

*B. Intensidad del “control difuso de convencionalidad”:
de mayor grado cuando se tiene competencia para inaplicar
o declarar la invalidez de una norma general*

Todos los jueces y órganos que realicen funciones jurisdiccionales desde una perspectiva material “deben” ejercer el “control de convencionalidad”. Es el mensaje claro que la Corte IDH envía en la sentencia relativa al *Caso Cabrera García y Montiel Flores*. Lo anterior no excluye a los jueces que no pueden realizar “control de constitucionalidad”.

En efecto, la precisión de la doctrina relativa a que los jueces deben realizar “de oficio” el control de convencionalidad “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”,¹³² no puede interpretarse como limitante para ejercer el “control difuso de convencionalidad”, sino como una manera de “graduar” la intensidad del mismo. Esto es así, debido a que este tipo de control no implica necesariamente optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional,

¹³¹ Párr. 3 del voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade.

¹³² Precisión que fue realizada a partir del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, (*Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C N° 158, párr. 128.

sino implica además y en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una “interpretación convencional” de la norma nacional.

Así, en los llamados sistemas “difusos” de control de constitucionalidad donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir la Constitución nacional, el grado de “control de convencionalidad” resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de inaplicar la norma inconvencional (como recientemente se ha aceptado en México). Este supuesto es un grado intermedio de “control”, que operará sólo si no existe una posible “interpretación conforme” de la normatividad nacional con el Pacto de San José (de sus protocolos adicionales o de algunos otros tratados internacionales como veremos más adelante) y de la jurisprudencia convencional. A través de esta “interpretación conforme” se salva la “convencionalidad” de la norma interna. El grado de intensidad máximo del “control de convencionalidad” se puede realizar por las altas jurisdicciones constitucionales (normalmente los últimos intérpretes constitucionales en un determinado sistema jurídico) que generalmente tienen además la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos *erga omnes*. Se trata de una declaración general de invalidez por la inconvencionalidad de la norma nacional.

En cambio, el grado de intensidad del “control difuso de convencionalidad” disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el “control difuso de constitucionalidad” y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto (como sucedía con anterioridad en México debido a una inadecuada interpretación al artículo 133 constitucional). En estos casos es evidente que los jueces que carecen de tal competencia, ejercerán el “control difuso de convencionalidad” con menor intensidad, *sin que ello signifique que no puedan realizarlo* “en el marco de sus respectivas competencias”. Lo anterior implica que no podrán dejar de aplicar la norma (al no tener esa potestad), debiendo, en todo caso, realizar una “interpretación convencional” de la misma, es decir, efectuar una “interpretación conforme”, no sólo de la Constitución nacional, sino también de la CADH y de la jurisprudencia convencional. Esta interpretación requiere una actividad creativa para lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional y así lograr la efectividad del derecho o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos del principio *pro homine*.

En efecto, al realizarse el “examen de compatibilidad convencional”, el juez nacional debe siempre aplicar el *principio pro homine* (previsto en el artículo 29 del

Pacto de San José), que implica, *inter alia*, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales;¹³³ pudiendo incluso optar por la interpretación más favorable *en caso de aplicabilidad de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre derechos humanos*. Así lo ha interpretado la propia Corte IDH, al señalar que:¹³⁴

51. A propósito de la comparación entre la Convención Americana y los otros tratados mencionados, la Corte no puede eludir un comentario acerca de un criterio de interpretación sugerido por Costa Rica en la audiencia del 8 de noviembre de 1985. Según ese planteamiento en la hipótesis de que un derecho recogido en la Convención Americana fuera regulado de modo más restrictivo en otro instrumento internacional referente a los derechos humanos, la interpretación de la Convención Americana debería hacerse tomando en cuenta esas mayores limitaciones porque:

De lo contrario tendríamos que aceptar que lo que es lícito y permisible en el ámbito universal, constituiría una violación en el continente americano, lo que parece evidentemente una afirmación errónea. Más bien pensamos que en cuanto a interpretación de tratados, puede sentarse el criterio de que las reglas de un tratado o convención deben interpretarse en relación con las disposiciones que aparezcan en otros tratados que versen sobre la misma materia. También puede definirse el criterio de que las normas de un tratado regional, deben interpretarse a la luz de la doctrina y disposiciones de los instrumentos de carácter universal (énfasis añadido).

En verdad, frecuentemente es útil, como acaba de hacerlo la Corte, comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional.

¹³³ Este precepto señala: “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”.

¹³⁴ *Opinión Consultiva OC-5/85*. 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, relativa a *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrs. 51 y 52.

52. La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de: 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.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.

En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista “interpretación convencional” posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, podrá plantear (si tiene esa competencia) “la duda de inconventionalidad” ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el “control de convencionalidad” con mayor intensidad, y si no tuviera esa competencia, estimamos que cuando menos debería “señalar” en su argumentación la inconventionalidad de la norma que aplica. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho “control” y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconventional, según la competencia de cada juez o tribunal.

Lo que no parece razonable y estaría fuera de los parámetros interpretativos de la Corte IDH, es que ningún órgano nacional tenga competencia para ejercer el “control difuso de convencionalidad” con intensidad fuerte, es decir, dejar de aplicar la norma al caso particular o con efectos generales como resultado de la inconventionalidad de la misma, ya que de lo contrario se produciría una responsabilidad internacional del Estado. No debe perderse de vista lo estipulado en los artículos 1º y 2º de la CADH, relativos a la obligación de respetar los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Como lo ha señalado la propia Corte IDH, este último dispositivo tiene también “la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular”¹³⁵ en situaciones que involucren derechos fundamentales. De tal manera que la

¹³⁵ *Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº 154, párr. 123.

Corte IDH, precisamente en el *Caso Almonacid Arellano* que da origen a la doctrina del “control difuso de convencionalidad”, es enfática al establecer en su párr. 123 que:

cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana¹³⁶ (énfasis añadido).

Así, el “control difuso de convencionalidad” si bien se ejerce por todos los jueces nacionales, tiene diferentes grados de intensidad y realización, de conformidad con “*el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*”. En principio, corresponde a todos los jueces y órganos jurisdiccionales realizar una “interpretación” de la norma nacional a la luz de la CADH, 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 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 (controlarán) aquellas interpretaciones inconvencionales o que sean de menor efectividad en el goce y protección del derecho o libertad respectivo; existe, en este sentido, un parangón con la “interpretación conforme” con la Constitución que realizan los jueces nacionales, especialmente los jueces constitucionales. En segundo término, y sólo si no puede salvarse la convencionalidad de la norma interna, el “control difuso 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 acuerdo con las respectivas competencias de cada juez nacional.

¹³⁶ Cfr. *Caso Ximenes Lopes, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C N° 149, párr. 172; y *Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C N° 147, párr. 140.

C. Debe ejercerse “de oficio”: sea invocado o no por las partes

Esta característica del “control difuso de convencionalidad” constituye una precisión de la doctrina original. Se estableció en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*,¹³⁷ dos meses después del *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, y a partir de entonces se ha mantenido firme en la jurisprudencia de la Corte IDH. Consiste en la posibilidad de ejercer dicho control por los jueces nacionales, *con independencia de que las partes lo invoquen*. En realidad constituye un complemento del carácter “difuso” de dicho control. Si en la anterior característica del “control difuso de convencionalidad” se establecía la intencionalidad de la Corte IDH de que se “debe” ejercer por cualquier juez, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización (de donde deriva que sea un “control difuso”), ahora se acentúa dicho carácter al especificar que además se ejerce “de oficio”, lo que implica que en cualquier circunstancia los jueces deben realizar dicho control, ya que “esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto”.¹³⁸

Pudiera suceder, incluso, que en el ámbito interno procedan recursos o medios de defensa adecuados y eficaces para combatir la falta o inadecuado ejercicio del “control difuso de convencionalidad” por algún juez (por ejemplo, a través de una apelación, recurso de casación o proceso de amparo), al no haberse realizado *ex officio* dicho control. Se trata de una nueva vertiente del principio *iura novit curia* (*el juez conoce el derecho y la jurisprudencia convencional*).

D. Parámetro del “control difuso de convencionalidad”: El “Bloque de Convencionalidad”

a) *Contenido del “bloque de convencionalidad”*. En principio, el parámetro del “control difuso de convencionalidad” por parte de los jueces nacionales (con independencia de si ejercen o no control de constitucionalidad), es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte IDH que la interpreta. La última parte de la doctrina jurisprudencial respectiva así lo prevé:

“En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado [Pacto de San José], sino también la inter-

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ Párr. 128, *in fine*, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, (*Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158, nota 15.

pretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹³⁹ (énfasis añadido).

No obstante, la propia “jurisprudencia” de la Corte IDH ha ido ampliando el *corpus juris* interamericano en materia de derechos humanos para fundamentar sus fallos. No debe pasar inadvertido que es el propio Pacto de San José el que permite incluir “en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los artículos 76 y 77”, lo que ha permitido que se aprueben diversos Protocolos “adicionales” (a la Convención Americana) y sean interpretados por este Tribunal interamericano. Asimismo, el propio Pacto establece como norma interpretativa que no se puede 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”.¹⁴⁰

Sobre el particular, resultan ilustrativas las reflexiones del juez García Ramírez, en su voto razonado emitido con motivo del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, precisamente al analizar el parámetro del “control de convencionalidad”.¹⁴¹

En la especie, al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado (énfasis añadido).

Lo anterior refleja que, en realidad, el parámetro del “control difuso de convencionalidad” no sólo comprende la CADH, sino también los “Protocolos” adicionales a la misma, así como otros instrumentos internacionales que han sido motivo

¹³⁹ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220, párr. 227.

¹⁴⁰ Artículo 29, inciso d). Véase *supra* nota 133.

¹⁴¹ Párr. 3 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez, respecto de la sentencia del caso citado, de 24 de noviembre de 2006.

de integración al *corpus juris* interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH. El objeto de su mandato –dice el propio Tribunal interamericano en un fallo reciente– “es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia”¹⁴² y, por consiguiente, la interpretación de dichos tratados.

b) *La jurisprudencia convencional*. Para efectos del parámetro del “control difuso de convencionalidad”, por “jurisprudencia” debe comprenderse toda interpretación que la Corte IDH realice a la Convención Americana, a sus Protocolos adicionales, y a otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza que sean integrados a dicho *corpus juris* interamericano, materia de competencia del Tribunal interamericano. Se trata, por supuesto, de una interpretación constante sobre la interpretación del *corpus iuris* interamericano.

No debe perderse de vista que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.¹⁴³ Precisamente en la Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, la Corte IDH estableció que:¹⁴⁴

El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo (énfasis añadido).

Las “interpretaciones” a esta normatividad convencional no sólo comprenden las realizadas en las sentencias pronunciadas en los “casos contenciosos”, sino también las interpretaciones efectuadas en las demás resoluciones que emita.¹⁴⁵

¹⁴² Cfr. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1º de septiembre de 2010. Serie C Nº 217, párr. 199.

¹⁴³ OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 114.

¹⁴⁴ *Ibidem*, párr. 115.

¹⁴⁵ En términos del artículo 29 del Reglamento de la Corte Interamericana, vigente a partir del 1 de enero de 2010, que establece: “Artículo 31. Resoluciones. 1. Las sentencias y las resoluciones que pongan

Así, quedan comprendidas las interpretaciones realizadas al resolver sobre “medidas provisionales”; sobre “supervisión de cumplimiento de sentencias” o, incluso, sobre la instancia de solicitud de “interpretación de la sentencia” en términos del artículo 67 del Pacto de San José. Asimismo, debe comprender las interpretaciones derivadas de las “opiniones consultivas” a que se refiere el artículo 64 del citado Pacto, debido, precisamente, a que tiene como finalidad “la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”.¹⁴⁶

Se forma de esta manera un auténtico “bloque de convencionalidad” como parámetro para ejercer el “control difuso de convencionalidad”. Los jueces nacionales deben atender a este “bloque” como un estándar mínimo, lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y propicia una “viva interacción” entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última establecer estándares en nuestra región a manera a manera de un *ius commune* para la protección efectiva de los derechos humanos.

El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal interamericano realiza del *corpus juris interamericano* con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad.¹⁴⁷ Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del “control difuso de convencionalidad”, pues pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido “parte material” (como

término al proceso son de la competencia exclusiva de la Corte. 2. Las demás resoluciones serán dictadas por la corte, si estuviere reunida; si no lo estuviere, por la Presidencia, salvo disposición en contrario. Toda decisión de la Presidencia, que no sea de mero trámite, es recurrible ante la Corte. 3. Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación”.

¹⁴⁶ Cfr. *Opinión Consultiva OC-1/82*. 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 1, relativa a “Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), presentada por el gobierno del Perú.

¹⁴⁷ De esta manera, por ejemplo, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del *corpus juris interamericano* y crear la norma convencional interpretada como estándar interamericano.

lo ha establecido por mayoría de votos la Suprema Corte de Justicia mexicana al analizar el cumplimiento del *Caso Radilla*), equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia CADH, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional.

En efecto, la “fuerza normativa” de la CADH alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, como único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos e intérprete “último” y “definitivo” de dicho Pacto. La interpretación emprendida por el Tribunal interamericano a las disposiciones convencionales *adquiere la misma eficacia que poseen éstas*, ya que en realidad las “normas convencionales” constituyen el resultado de la “interpretación convencional” que emprende la Corte IDH como órgano “judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación”¹⁴⁸ del *corpus juris* interamericano. Dicho en otras palabras, el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es decir, “constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional”.¹⁴⁹

E. Efectos del “control difuso de convencionalidad”: retroactivos cuando sea necesario para lograr la plena efectividad del derecho o libertad

Como hemos sostenido al analizar los grados de intensidad del “control difuso de convencionalidad”, el resultado del examen de compatibilidad entre la norma nacional y el “bloque de convencionalidad”, consiste en dejar “sin efectos jurídicos” aquellas interpretaciones inconventionales o las que sean menos favorables; o bien, cuando no pueda lograrse interpretación convencional alguna, la consecuencia consiste en “dejar sin efectos jurídicos” la norma nacional, ya sea en el caso particular o con efectos generales realizando la declaración de invalidez de conformidad con las atribuciones del juez que realice dicho control.

Lo anterior tiene un mayor grado de complejidad cuando la normatividad nacional sólo permite la declaración general de la norma para el futuro (efectos

¹⁴⁸ Artículo 1º del Estatuto de la Corte IDH, aprobado por resolución núm. 448 de la Asamblea General de la OEA, en la Paz, Bolivia (octubre de 1979).

¹⁴⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y SILVA GARCÍA, Fernando, “Homicidios de mujeres por razón de género. El *Caso Campo Algodonero*”, en Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Max Planck Institut, 2010, tomo II, pp. 259-333, en pp. 296-297.

ex nunc) y no hacia el pasado (*ex tunc*), ya que pareciera que la intencionalidad de la Corte IDH en el momento en que se crea la doctrina del “control difuso de convencionalidad” es que la norma inconvencional carezca de efectos jurídicos “desde un inicio”;¹⁵⁰ precedente que siguió reiterando en casos posteriores, especialmente en asuntos relacionados con leyes de autoamnistía¹⁵¹ o en otros supuestos.¹⁵² Sin embargo, este criterio no ha sido constante por la Corte IDH y depende del caso concreto.¹⁵³

Estimamos que la Corte IDH tendrá, en el futuro, que definir con mayor precisión este delicado aspecto sobre la temporalidad de los efectos de la norma nacional inconvencional debido a que su jurisprudencia no lo aclara. No debe soslayarse que, por principio, toda violación a los derechos humanos debe tener un efecto reparador en su integridad y, por consecuencia, tener efectos hacia el pasado cuando así se requiera para lograr dicho objetivo.

Lo anterior se fundamenta en el artículo 63.1 de la Convención Americana, al establecer que:

¹⁵⁰ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 124.

¹⁵¹ Por ejemplo, en el *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162, párr. 174: “En ese marco de interpretación, la controversia subsistente debe ser ubicada en aquella primera vertiente de medidas que deben ser adoptadas para adecuar la normativa interna a la Convención. Para efectos de la discusión planteada, es necesario precisar que la Corte consideró que en Perú dichas leyes de auto amnistía son *ab initio* incompatibles con la Convención; es decir, su promulgación misma “constituye *per se* una violación de la Convención” por ser “una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte” en dicho tratado. Ese es el *rationale* de la declaratoria con efectos generales realizado por la Corte en el *caso Barrios Altos*. De ahí que su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituya una violación de la Convención”. Asimismo, en el *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N° 219, párr. 106.

¹⁵² Por ejemplo, en el *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209, párr. 339; así como en el reciente *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1° de septiembre de 2010. Serie C N° 217, párr. 202.

¹⁵³ Cfr., por ejemplo, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C N° 158, párr. 128; *Caso Comunidad Indígena Xármok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C N° 214, párr. 311; *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215, párr. 234; *Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216, párr. 234; y *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N° 218, párr. 287.

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (énfasis añadido).

Si bien el citado precepto se refiere a las atribuciones de la Corte IDH, *mutatis mutandi*, debe aplicarse por los jueces nacionales debido a que también son jueces interamericanos cuando realizan el “control difuso de convencionalidad” (norma convencional que ahora en el sistema mexicano goza de rango constitucional conforme el primer párrafo del artículo 1º del texto fundamental). Y ello implica garantizar, en la medida de lo posible, el efectivo goce del derecho o libertad violado. Lo anterior conduce a afirmar que, en determinados supuestos, deben repararse *las consecuencias* de la norma inconvencional, lo cual sólo se puede lograr teniendo “sin efectos” dicha norma nacional desde su vigencia y no a partir de la inaplicación o declaración inconvencional de la misma.

En otras palabras, dicha retroactividad resulta indispensable en algunos casos para lograr un adecuado goce y disfrute del correspondiente derecho o libertad. Esta afirmación, además, es acorde con la propia jurisprudencia de la Corte IDH al interpretar el citado artículo 63.1 del Pacto de San José, toda vez que ha considerado que cualquier violación de una obligación internacional que haya producido daño comparte el deber de repararlo “adecuadamente”;¹⁵⁴ lo cual constituye “uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado”.¹⁵⁵

4. Fundamento jurídico del “control difuso de convencionalidad”: el Pacto de San José y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Desde el comienzo de la doctrina jurisprudencial de este tipo de control, en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*,¹⁵⁶ se estableció:

¹⁵⁴ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C Nº 4, párr. 25; *Caso Chitay Nech y Otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C Nº 212 párr. 227; y *Caso Manuel Cepeda Vargas. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C Nº 213, párr. 211.

¹⁵⁵ Cfr. *Caso Castillo Páez vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C Nº 43, párr. 43; *Caso Chitay Nech y Otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C Nº 212, párr. 227, y *Caso Manuel Cepeda Vargas. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C Nº 213, párr. 211.

¹⁵⁶ Párr. 125. *Almonacid*.

124. (...) 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 mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin (...)

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” (énfasis añadido).

Los principios de derecho internacional relativos a la *Buena Fe* y al *Effet Utile*, que involucra a su vez al principio *Pacta Sunt Servanda*, constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados nacionales, y han sido constantemente reiterados por la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos sometidos bajo su competencia, sea en la instancia consultiva, como en casos contenciosos. Este Tribunal interamericano ha establecido, en la Opinión Consultiva 14/94, de 9 de diciembre de 1994, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias del Pacto de San José,¹⁵⁷ los alcances interpretativos de los artículos 1¹⁵⁸ y 2¹⁵⁹ de la CADH. Se consideró que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos, y también a adecuar la normatividad inconventional existente, fundamentando que descansa en un principio general del derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de “buena fe” y no puede invocarse para

¹⁵⁷ Cfr. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1º y 2º Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 14.

¹⁵⁸ Artículo 1º. *Obligación de Respetar los Derechos*. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹⁵⁹ Artículo 2º. *Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

su incumplimiento el derecho interno; lo cual ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codificado en los artículos 26¹⁶⁰ y 27¹⁶¹ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente en nuestro país desde enero de 1980.

La obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido. Como lo ha expresado García Ramírez:

27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional¹⁶² (énfasis añadido).

De esta manera, los jueces de los Estados parte de la CADH también se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional y la doctrina del “control difuso de convencionalidad” les facilita esta labor, para realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales (incluidas las del texto constitucional) que sean conforme al *corpus juris* interamericano a través de una interpretación conforme armónica; incluso a no aplicar aquellas que contraven-gan de manera absoluta el referido “bloque de convencionalidad”, para evitar de esa forma que el Estado al que pertenecen sea responsable internacionalmente

¹⁶⁰ “Art. 26: *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

¹⁶¹ “Art. 27. *El derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

¹⁶² *Cfr.* párr. 27 de su voto razonado con motivo del *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, véase *supra* nota 83.

por violar compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos.

El “control difuso de convencionalidad”, además, tiene fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José, en la medida en que todos los poderes u órganos de los Estados signatarios de dicho instrumento internacional, incluidos los jueces y órganos de administración de justicia, se encuentran obligados, a través de sus interpretaciones, a permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto y de sus protocolos adicionales (y de otros instrumentos internacionales en los términos antes analizados),¹⁶³ lo cual implica, a su vez, interpretaciones restrictivas cuando se trate de limitaciones a los mismos, y siempre a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH.

No pasa inadvertido que el artículo 68.1 establece que los Estados parte del Pacto de San José “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (énfasis añadido). Lo anterior no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la Corte IDH adquiera “eficacia directa” en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como “parte material”, ya que al ser la Corte IDH el único órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la Convención Americana, *sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional*. En otras palabras, la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José (y sus protocolos adicionales, así como de otros instrumentos internacionales derivada de su propia competencia).

Las interpretaciones que realiza la Corte IDH se proyectan hacia dos dimensiones: (i) en lograr su eficacia en el caso particular *con efectos subjetivos*, y (ii) en establecer la eficacia general *con efectos de norma interpretada*. De ahí la lógica y necesidad de que el fallo, además de notificarse al Estado parte en la controversia particular, deba también ser “transmitido a los Estados parte de la Convención”,¹⁶⁴ para que tengan pleno conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la interpretación de la Corte IDH, en su calidad de “intérprete última” y “definitiva” del *corpus juris* interamericano.

¹⁶³ Véase *supra* VII.3.D: “Parámetro del “control difuso de convencionalidad”: El “Bloque de Convencionalidad”.

¹⁶⁴ Art. 69 de la CADH.

VIII. LA RECEPCIÓN DEL “CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD” EN MÉXICO

1. Aplicabilidad de la doctrina general

Las anteriores características de la doctrina jurisprudencial del “control difuso de convencionalidad” aplican para el sistema jurisdiccional mexicano. Hasta la fecha se ha reiterado en cuatro casos relativos a demandas contra el Estado mexicano: *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009);¹⁶⁵ *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010);¹⁶⁶ *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010),¹⁶⁷ y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010).¹⁶⁸

Al haber ratificado nuestro país la CADH (1981)¹⁶⁹ y al haber aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH (1998),¹⁷⁰ estas sentencias internacionales deben ser cumplidas,¹⁷¹ y las mismas adquieren carácter “definitivo e inapelable”;¹⁷² sin que pueda invocarse ninguna disposición de derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para su incumplimiento, toda vez que los pactos internacionales obligan a los Estados partes y sus normas deben ser cumplidas, en términos de los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena sobre

¹⁶⁵ Párrs. 338 a 342.

¹⁶⁶ Párrs. 233 a 238.

¹⁶⁷ Párrs. 218 a 223.

¹⁶⁸ Párrs. 225 a 235.

¹⁶⁹ La CADH fue suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; entrando en vigor el 18 de julio de 1978, conforme el artículo 74.2 de la propia Convención. La vinculación de México es a partir del 24 de marzo de 1981. Publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de 7 de mayo de ese mismo año.

¹⁷⁰ El instrumento de aceptación expresa de la competencia contenciosa de la Corte IDH por parte del Estado mexicano, fue depositado ante el Secretario General de la OEA el 16 de diciembre de 1998 (de conformidad con el art. 61.2 de la CADH). El decreto promulgatorio apareció en el *Diario Oficial de la Federación* de 24 de febrero de 1999 (con fe de erratas al día siguiente). La Cámara de Senadores del Congreso de la Unión aprobó la declaración de la competencia contenciosa de dicho Tribunal interamericano el 1 de diciembre de 1998, de conformidad con el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de diciembre de ese mismo año.

¹⁷¹ Artículo 68.1 de la CADH: “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la corte en todo caso en que sean partes”.

¹⁷² Artículo 67 de la CADH: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable [...]”. Dentro de los 90 días siguientes a partir de la fecha de la notificación de la resolución, pueden las partes solicitar a la Corte IDH la interpretación del mismo, sin que ello implique modificar el sentido del fallo, de conformidad con la segunda parte del referido precepto del Pacto de San José.

el Derecho de los Tratados,¹⁷³ suscrito también por el Estado mexicano y vigente desde enero de 1980.

De esta manera, el “control difuso de convencionalidad” implica que todos los jueces y órganos mexicanos vinculados a la administración de justicia *en todos los niveles*, pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados, de oficio, a realizar un ejercicio de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, con la CADH, sus Protocolos adicionales (y algunos otros instrumentos internacionales), así como con la jurisprudencia de la Corte IDH, formándose un “bloque de convencionalidad” en los términos analizados con antelación.¹⁷⁴ Lo anterior debido a que:¹⁷⁵

(...) no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a 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 2º de la Convención¹⁷⁶. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana (énfasis añadido).

En este sentido, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de la competencia local o federal, necesariamente deben

¹⁷³ Véanse estos preceptos *supra* notas 160 y 161.

¹⁷⁴ Véase *supra* VII.3.D: “Parámetro del “control difuso de convencionalidad”: El “Bloque de Convencionalidad”.

¹⁷⁵ *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209, nota 19, párr. 338; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215, párr. 233; y *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216, párr. 218.

¹⁷⁶ *Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C N° 43, párr. 207; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C N° 149, párr. 83, y *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 118.

ejercer el “control difuso de convencionalidad” para lograr interpretaciones conformes con el *corpus juris* interamericano. En caso de incompatibilidad absoluta de la norma nacional con el parámetro convencional, *debe inaplicarse* para que prevalezcan aquéllas y lograr de esta manera la efectividad del derecho o libertad de que se trate. Lo anterior aplica también para los jueces locales, de conformidad con la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 133 vigente, que a la letra dispone:¹⁷⁷

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados (énfasis añadido).

Como puede advertirse de la última parte de esta norma constitucional, los jueces locales aplicarán “la Ley Suprema de toda la Unión” (donde se encuentran los tratados internacionales) cuando exista incompatibilidad con alguna otra norma que no integre dicha “Ley Suprema”; lo que implica que los jueces del fuero local deben, incluso, desaplicar la norma incompatible con ese “bloque de constitucionalidad”. En otras palabras, es el propio texto constitucional el que otorga facultades a los jueces del fuero común para ejercer el “control difuso de constitucionalidad” y, por tanto, la CADH válidamente puede convertirse en un parámetro de control y no sólo la Constitución. De esta forma, como lo ha sostenido la propia Corte IDH, 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 CADH, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.¹⁷⁸

La última parte de esta previsión es de especial significación para el grado de intensidad del “control difuso de convencionalidad”, toda vez que los jueces

¹⁷⁷ Este artículo sólo ha sufrido una reforma desde el texto original de 1917, en el año de 1934, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 18 de enero de ese año. El precepto ha sido interpretado de diferentes maneras por parte de los tribunales y la doctrina mexicana a lo largo de su vigencia, incluso en las Constituciones anteriores a la actual de 1917. Sobre las diferentes posturas interpretativas, véase Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, IIJ-UNAM, núm. 4, 1969, pp. 3-32.

¹⁷⁸ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225.

deben ejercerlo “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Como lo hemos analizado con antelación, todos los jueces deben realizar dicho “control” y el grado de intensidad lo determinará las competencias y regulaciones procesales correspondientes.

En principio, todos los jueces mexicanos deben partir del principio de constitucionalidad y de convencionalidad de la norma nacional y, por consiguiente, en un primer momento deben siempre realizar la “interpretación” de la norma nacional conforme a la Constitución y a los parámetros convencionales, lo que implica optar por la interpretación armónica más favorable y de mayor efectividad en la tutela de los derechos y libertades en aplicación del principio *pro homine o favor libertatis* previsto en el artículo 29 del Pacto de San José y ahora también en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional, desechando aquellas interpretaciones incompatibles o de menor alcance protector; de tal manera que, *contrario sensu*, cuando se trate de restricción o limitaciones a derechos y libertades, debe realizarse la interpretación más estricta para dicha limitante. Y sólo cuando no pueda lograrse interpretación constitucional y convencional posible, los jueces deberán *desaplicar* la norma nacional o *declarar su invalidez*, según la competencia que la Constitución y las leyes nacionales otorguen a cada juzgador, lo que provocará un grado de intensidad mayor del “control difuso de convencionalidad”.

2. El cumplimiento (parcial) de la sentencia del Caso Radilla y su discusión en la Suprema Corte

La Suprema Corte de Justicia al decidir sobre el cumplimiento del Caso *Radilla Pacheco* el 14 de julio de 2011¹⁷⁹ y que el propio presidente de dicho Tribunal calificó como un asunto “histórico”,¹⁸⁰ realizó interpretaciones constitucionales de gran calado para el sistema jurídico mexicano, apoyándose en gran medida en los nuevos contenidos normativos del vigente artículo 1º constitucional.¹⁸¹ Los criterios principales que derivan de dicho asunto son los siguientes:

¹⁷⁹ Expediente Varios 912/10, derivado de la consulta a trámite presentada por el entonces ministro presidente, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, en el expediente Varios 489/2010, cuyo proyecto redactado por el ministro José Ramón Cossío fue “rechazado” por exceder la consulta formulada. Véase *supra*, nota 5.

¹⁸⁰ Así lo expresó el ministro presidente Juan N. Silva Meza, al clausurar el primer período de sesiones del pleno de la SCJN el 14 de julio de 2011, día en que se decidió sobre el cumplimiento de la sentencia del Caso Radilla.

¹⁸¹ Véase *supra*, nota 3.

A. Obligatoriedad de las sentencias condenatorias de la Corte IDH en los asuntos donde el Estado mexicano es parte; por lo que no pueden ser objeto de revisión por la Suprema Corte, ni siquiera cuando se trata de reservas o declaraciones interpretativas formuladas en su momento por el Estado mexicano.

B. Obligaciones específicas a los jueces mexicanos (como parte del Estado mexicano) derivadas del cumplimiento de dichas sentencias; por lo que existen, en la sentencia del Caso Radilla, obligaciones para el Poder Judicial de la Federación y los jueces mexicanos, particularmente para la Suprema Corte, con independencia de las obligaciones a otros poderes y órganos del Estado mexicano.

C. El deber de todos los jueces del Estado mexicano de ejercer un control difuso de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y la CADH, dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes.

Sobre el particular, llama la atención que en los debates no se mencionaran los criterios emitidos por algunos jueces federales en los años previos (2009-2010), que incluso quedaron plasmados en forma de “tesis” en el *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*; criterios que precisamente se refieren al deber de los jueces de realizar el “control de convencionalidad” en sede interna.¹⁸²

Ante la multiplicidad de intérpretes de los derechos humanos (de fuente nacional e internacional) que existen a partir de la reciente reforma constitucional y la aceptación de los controles difuso de “constitucionalidad” y “convencionalidad”, creemos que la Suprema Corte debería “abrirse” al “diálogo jurisprudencial” con los demás órganos de impartición de justicia mexicanos; sin que ello signifique, lógicamente, que deje de tener la última palabra en el sistema nacional y ser el intérprete último del texto fundamental, de la misma manera en que ahora la Suprema Corte lo tendrá que realizar también con la Corte IDH.

Es decir, derivado de los nuevos contenidos normativos del artículo 1º constitucional y de la aceptación del control difuso de “constitucionalidad/convencionalidad”, debería la Suprema Corte asumir un nuevo rol de diálogo (vertical y horizontal) con la Corte IDH y con todos los jueces nacionales, especialmente los que establecen jurisprudencia obligatoria. Lo anterior ayudaría a legitimar sus propias sentencias.

D. A la luz de una nueva interpretación del artículo 133 constitucional (que se realizó de manera armónica con los contenidos normativos del reformado ar-

¹⁸² Véase *infra*, apartado VIII.4: “Aplicabilidad de los criterios interpretativos de la Corte IDH por tribunales federales y locales”.

título 1º constitucional), posibilita a los jueces locales realizar un “control difuso de constitucionalidad”; lo que les permite desaplicar al caso concreto la norma inconstitucional, sin realizar una declaración de invalidez, la cual está reservada a los tribunales federales. Esto implica que coexista el control “difuso” y el control “concentrado” de constitucionalidad, dependiendo del órgano de control y el tipo de proceso de que trate y en términos de las competencias conferidas a cada uno de los jueces y órganos jurisdiccionales.¹⁸³

E. Establecer que los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte IDH resultan “orientadores” y no “obligatorios” en los asuntos donde el Estado mexicano no sea parte.

Sobre el particular consideramos, como lo expresamos con anterioridad,¹⁸⁴ que la jurisprudencia de la Corte IDH resulta “obligatoria”, entendida dicha obligatoriedad como un “estándar mínimo” que los jueces nacionales deben seguir a manera de “regla general”; y que eventualmente pueden apartarse cuando sea aplicado otro parámetro de mayor protección al creado como mínimo por la Corte IDH.

En otras palabras, el estándar de la Corte IDH para ejercer el “control difuso de convencionalidad” (*corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia que la interpreta), puede ser ampliado, si consideramos los alcances del nuevo artículo 1º constitucional y especialmente el párrafo segundo que incorpora el principio pro persona, que también se desprende vía párrafo primero, al contenerse en el artículo 29 del Pacto de San José.¹⁸⁵ De esta forma, la obligatoriedad de los criterios interpretativos de la Corte IDH en los asuntos donde no sea parte el Estado mexicano, se entienden como un “mínimo” de obligatoriedad que deben seguir los jueces mexicanos; y eventualmente pueden dejarse de aplicar, por existir una disposición (nacional o internacional) de mayores alcances para la protección del derecho humano. Lo cual es congruente con el segundo párrafo del artículo 1º constitucional, que establece la cláusula de interpretación conforme, cuya parte final establece: “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección

¹⁸³ Se aprobó un sistema de control de constitucionalidad y de convencionalidad, atendiendo a tres diversos niveles, según la propuesta del ministro José Ramón Cossío y las precisiones sobre el particular del ministro Arturo Zaldívar; *cfr.* la sesión pública del 11 de julio de 2011.

¹⁸⁴ Véase *supra*, epígrafe “IV. El control difuso de convencionalidad por el juez nacional en América Latina”. Y en específico, la última parte del apartado “4. Fundamento jurídico del “control difuso de convencionalidad”: el Pacto de San José y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.

¹⁸⁵ Véase *supra*, epígrafe “V. La nueva cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional) en México”, especialmente el apartado 5.

más amplia”, así como por lo dispuesto en el referido artículo 29 de la CADH que adquiere la calidad de norma constitucional en términos del primer párrafo del artículo 1º constitucional.

En efecto, no debe pasar desapercibido que la propia CADH establece que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretado en el sentido de que limite 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* (art. 29.b); precepto que la propia jurisprudencia de la Corte IDH ha interpretado que si a una misma situación son aplicables la CADH y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana; de ahí que si el propio Pacto de San José prevé que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales (o normas nacionales sobre derechos y libertades), menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos (o normas nacionales), pero no en la CADH, “para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce”.¹⁸⁶

En este sentido, es válido que un juez nacional decida apartarse del criterio interpretativo de la Corte IDH, siempre y cuando “expresé las razones” por las cuales considera que el estándar interpretativo creado en la jurisprudencia convencional es menor al que aplicará en el caso particular. Lo anterior no puede entenderse como argumento para no considerar la obligatoriedad del estándar mínimo, toda vez que ese parámetro sirve, en sí mismo, para lograr la efectividad de los derechos fundamentales de forma “sistemática” y como parámetro mínimo para ejercer el “control difuso de convencionalidad”. En todo caso, no debe perderse de vista que, agotadas las instancias nacionales, eventualmente el no seguimiento por el juez nacional del parámetro establecido en la jurisprudencia convencional, podría ser analizado en última instancia por la Corte IDH y producir una responsabilidad internacional del Estado mexicano si el estándar previsto por dicho Tribunal internacional no fuera respetado y el aplicado a nivel nacional sea de menor alcance que aquél.

De ahí que no compartimos el criterio adoptado por la Suprema Corte de considerar a la jurisprudencia de la Corte IDH como “orientadora”, al llevar implícita la idea de ser “facultativa” para el juez; cuestión que estimamos debería meditarse en el futuro por el propio pleno de nuestro máximo tribunal. Este criterio fue

¹⁸⁶ Cfr. Opinión Consultiva OC-5/85, sobre la colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 CADH), de 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, especialmente párrs. 51 y 52.

establecido por una mayoría de seis votos contra cinco, por lo que puede sufrir mutaciones a corto plazo, especialmente cuando afronten el cumplimiento de las otras tres sentencias condenatorias al Estado mexicano que involucra también obligaciones a los jueces mexicanos, es decir, los casos de *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010); *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010); y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010).¹⁸⁷

Por otra parte, pareciera que existe una incongruencia interna en lo resuelto por la Suprema Corte. Por una parte, estableció que las resoluciones de la Corte IDH no pueden ser sujetas a revisión y, por otra, aceptó el “control difuso de convencionalidad” como un deber de todos los jueces mexicanos; de ahí que no resulta lógico que ante los pronunciamientos anteriores, limite el estándar “mínimo” creado por la jurisprudencia de la Corte IDH para el “control difuso de convencionalidad”, siendo que precisamente el fallo del *Caso Radilla Pacheco* (cuyo cumplimiento considera obligatorio por ser una condena específica al Estado mexicano y, por ende, no sujeta a revisión) prevé el parámetro creado, que comprende el deber de aplicar la CADH y la interpretación que de la misma realiza la Corte IDH, como intérprete final del Pacto de San José; por lo que, en realidad, la Suprema Corte mexicana al “modificar” lo establecido por el Tribunal internacional, está realizando una “revisión” a dicho fallo, cuando había establecido que no podía hacerlo. Cabe destacar que las obligaciones derivadas del *Caso Radilla* hacia los jueces mexicanos son reiteradas en los tres casos posteriores referidos de condena al propio Estado mexicano, cuyas consecuencias analizaremos más adelante.

F. Los jueces del Estado mexicano deberán “replicar” en casos futuros el criterio de restricción del fuero militar, en cumplimiento de la sentencia del *Caso Radilla* y en aplicación del nuevo artículo 1º constitucional, y

G. La Suprema Corte de Justicia, para la efectividad del cumplimiento de dicha sentencia y en aplicación del artículo 1º constitucional, reasume su competencia originaria respecto de los conflictos competenciales entre la jurisdicción civil y la militar.

Sobre los dos últimos aspectos, consideramos que la manera más adecuada para compatibilizar la jurisprudencia constitucional con la jurisprudencia convencional, es el mecanismo de la “solicitud de modificación de jurisprudencia” establecida en el último párrafo del artículo 197 de la Ley de Amparo

¹⁸⁷ Sobre los dos primeros casos, existen sendas resoluciones de “supervisión de cumplimiento de sentencia” dictadas por la Corte IDH.

vigente,¹⁸⁸ como lo propusimos en otro lugar.¹⁸⁹ Asimismo, si bien es plausible la sensibilidad de la Suprema Corte para reasumir competencia originaria, creemos que podría producir un mensaje equivocado (por lo menos mientras resuelve dichos casos), en la medida en que los fallos de la Corte IDH son de cumplimiento “directo” por todas las autoridades en el ámbito de su propia competencia. De ahí que en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores* (párrafo 223) se establece que “corresponde a las autoridades judiciales, con base en el *control de convencionalidad*, disponer *inmediatamente y de oficio* el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario” (énfasis añadido). De ahí que los jueces mexicanos (locales o federales) pueden válidamente, dentro de sus competencias, seguir el criterio de la Corte IDH, como algunos tribunales federales y locales, en efecto, así lo han entendido, como veremos más adelante.

H. Implementación de cursos y programas permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, para todos los jueces y magistrados y para todos aquellos funcionarios públicos que realicen labores jurisdiccionales y jurídicas del Poder Judicial de la Federación; respecto de los contenidos de la jurisprudencia interamericana sobre los límites de la jurisdicción militar, garantías judiciales y protección judicial, y estándares internacionales aplicables a la administración de justicia; así como en la formación de los temas del delito de desaparición forzada para el adecuado juzgamiento de hechos constitutivos de ese ilícito, con especial énfasis en los elementos legales, técnicos y científicos necesarios para evaluar integralmente el fenómeno de la desaparición forzada; así como en la utilización de la prueba

¹⁸⁸ “Artículo 197. (...) Las Salas de la Suprema Corte de Justicia y los ministros que las integren y los Tribunales Colegiados de Circuito y los magistrados que los integren, con motivo de un caso concreto podrán pedir al Pleno de la Suprema Corte o a la sala correspondiente que modifique la jurisprudencia que tuviesen establecida, expresando las razones que justifiquen la modificación; el Procurador General de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de treinta días. El Pleno o la Sala correspondiente resolverán si modifican la jurisprudencia, sin que su resolución afecte las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en las cuales se hubiesen dictado las sentencias que integraron la tesis jurisprudencial modificada. Esta resolución deberá ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el artículo 195”.

¹⁸⁹ Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y SILVA GARCÍA, Fernando, *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia condenatoria al Estado mexicano*, pról. de Carlos Ayala Corao, México, Porrúa-UNAM, 2009. Especialmente véase el capítulo tercero, epígrafe “2. La solicitud de modificación de jurisprudencia constitucional: ¿en cumplimiento de una sentencia internacional?”.

circunstancial, los indicios y las presunciones, teniendo en consideración que el objetivo es conseguir una correcta valoración judicial de este tipo de casos de acuerdo con la especial naturaleza de la desaparición forzada.

Lo anterior, teniendo en consideración los párrafos 345 a 348 de la sentencia condenatoria. Cuestión que resulta de vitar importancia si se considera, además, los nuevos contenidos normativos del artículo 1º constitucional; por lo que ahora debe preverse una “disposición presupuestaria” específica para dichos cursos y programas.

A reserva de analizar el “engrose” de resolución respectivo, la Suprema Corte de Justicia “abrió” sus criterios al derecho internacional de los derechos humanos y contrasta notablemente de la manera tradicionalmente que venía afrontando la relación del derecho nacional y el derecho internacional; por ejemplo, cuando efectuó la discusión sobre el mismo asunto del cumplimiento de la sentencia del *Caso Radilla Pacheco*, en el expediente Varios 489/2010, que fue “rechazado” por exceder la consulta formulada en septiembre de 2010;¹⁹⁰ así como al discutir y resolver el amparo en revisión 989/2009 (“caso Reynalda Morales”) precisamente sobre el planteamiento de la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar (resuelto en agosto de 2009, meses antes de la sentencia del *Caso Radilla*, de noviembre de ese mismo año); donde sin entrar al fondo se negó la legitimación de la promovente al interpretar de manera restrictiva el artículo 10 de la Ley de Amparo, criterio que hoy, con las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y las relativas al amparo, resultan insostenibles.

Por último, la intervención de la Suprema Corte de Justicia para el cumplimiento del *Caso Radilla*, nos lleva a la reflexión que habíamos advertido en otro lugar,¹⁹¹ sobre la posibilidad de que el juicio de amparo pueda convertirse en un mecanismo efectivo para hacer frente a las omisiones de los poderes públicos de acatar las sentencias de la Corte IDH. A este recurso se le conoce como el “procedimiento en vía de regreso” y está “latente” si se considera que no tenemos una legislación específica sobre tal situación y sólo existen cumplimientos parciales a las seis sentencias que se han dictado en contra del Estado mexicano

¹⁹⁰ Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisdicción militar y derecho humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit. supra, nota 5.

¹⁹¹ Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y SILVA GARCÍA, Fernando, *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero. La segunda sentencia condenatoria en contra del Estado mexicano*, pról. de Cecilia Medina Quiroga, estudio preliminar de Rosa María Álvarez González, México, Porrúa-UNAM, 2011, pp. 67-71.

hasta la fecha. Lo anterior pone en evidencia la necesidad de una *ley de cumplimiento de resoluciones internacionales*;¹⁹² toda vez que sólo contamos con una disposición aislada e insuficiente, prevista en el artículo 2 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, vigente desde el 1º de enero de 2005, al establecer que las disposiciones sobre las indemnizaciones serán aplicables en lo conducente para cumplimentar los fallos de la Corte IDH, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando estas últimas sean aceptadas por el Estado mexicano.

3. Sobre los otros tres casos de condena al Estado mexicano sobre fuero militar

No debe soslayarse que existen otros tres fallos de condena al Estado mexicano sobre la misma materia, donde se especifica que las normas nacionales requieren ser “interpretadas” teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el artículo 2 de la CADH, es decir, para “hacer efectivos” los derechos y libertades de dicho Pacto. En dicho dispositivo convencional se establece que “los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. De ahí que la expresión “o de otro carácter” comprendan también “interpretaciones constitucionales” que permitan la aplicabilidad de los derechos con el mayor grado de efectividad y alcance, en términos del principio *pro homine* reconocido en el artículo 29 del propio Pacto de San José, principio convencional contenido en el primer párrafo del artículo 1º constitucional y reforzado en la cláusula de interpretación conforme del segundo párrafo del mismo precepto.

El principio *pro homine* ha sido considerado por algún tribunal federal mexicano (antes de la reforma constitucional de junio pasado) de “aplicación obligatoria”, debido a que se prevé en tratados internacionales que forman parte de la “Ley Suprema de la Unión” en términos del artículo 133 de la Constitución federal. Así se estableció por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al resolver el amparo directo 202/2004, el 20 de octubre de 2004, formándose la tesis I.4º.A.464 A, cuyo rubro y texto son:¹⁹³

¹⁹² *Ibidem*, pp. 79-81.

¹⁹³ Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC, Tomo XXI, febrero de 2005, p. 1744.

PRINCIPIO *PRO HOMINE*. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.

El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria (énfasis añadido).

Las interpretaciones “constitucionales” y “legales” que realicen los jueces y órganos de impartición de justicia mexicanos *en todos los niveles*, deben realizarse a la luz no sólo de los instrumentos internacionales cuyo compromiso adquirió el Estado mexicano, sino también de la jurisprudencia de la Corte IDH. Lo último debido a que constituye el único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, cuya competencia es la aplicación e interpretación de la CADH; este órgano, en realidad, determina el contenido mismo del texto convencional, de tal manera que la norma interpretada adquiere eficacia directa en México, al haber sido suscrito dicho Pacto por el Estado mexicano y haberse reconocido además la competencia contenciosa de la Corte IDH. Como se estableció en la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (que aplica a los otros tres casos de condena referidos sobre el mismo tópico):

“De tal manera, como se indicó en los *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso¹⁹⁴ y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que, independientemente de las reformas legales

194 Cfr. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209, párr. 340; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215, párr. 237, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216, párr. 220.

que el Estado deba adoptar, en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario¹⁹⁵ (énfasis añadido).

La intencionalidad de la Corte IDH al referirse a las expresiones “inmediatamente”¹⁹⁶ y “de oficio”,¹⁹⁷ denotan una actuación “directa” de todos los jueces mexicanos para ejercer el “control difuso de convencionalidad” sin necesidad de pronunciamiento previo por parte de algún órgano del Estado mexicano y con independencia de que lo invoquen las partes. Aquí cobra importancia el criterio del juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas:¹⁹⁸

5. Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar (énfasis añadido).

Los jueces mexicanos deben, por una parte, realizar interpretaciones constitucionales/convencionales y legales que permitan a “las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares [tener] derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario”;¹⁹⁹ por lo que “esta conclusión aplica no sólo

¹⁹⁵ Cfr. *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215, párr. 237, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216, párr. 220.

¹⁹⁶ “Sin interposición de otra cosa” y “Ahora, al punto, al instante” (*Real Academia de la Lengua Española*, vigésima segunda edición).

¹⁹⁷ “Por imposición a la iniciativa privada, dicese de la acción o injerencia espontánea que cumple el juez en el proceso, sin necesidad de requerimiento o petición de parte, o iniciativa del magistrado, sin instancia de parte”. Cfr. Couture, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico. Español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán*, 4ª ed., corregida, actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa, Montevideo, Julio César Faura-Editor, 2010, p. 534.

¹⁹⁸ Párr. 4 del voto razonado y concurrente que formuló con motivo de la sentencia relativa al *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N° 219.

¹⁹⁹ *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209, párr. 275.

para casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos²⁰⁰ (énfasis añadido).

De tal manera que esa obligación hacia los jueces mexicanos resulta “inmediata” y con “independencia de las reformas legales que el Estado debe adoptar” (reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar)”. Lo anterior cobra mayor importancia si se atiende al texto del artículo 13 de la Constitución federal mexicana,²⁰¹ precepto que estimó implícitamente convencional la Corte IDH y, por ello, las interpretaciones a las normas legales secundarias deben ser conformes con el texto constitucional, con la normatividad interamericana y la propia jurisprudencia de la Corte IDH.²⁰²

En términos prácticos, como ya lo ha establecido este Tribunal, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

Por otra parte, también implica una obligación de los jueces mexicanos de realizar siempre el “control difuso de convencionalidad” y no sólo por lo que hace a la determinación en los casos concretos sobre los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar referidos en las sentencias pronunciadas por la Corte IDH, sino en general en todos los asuntos de su competencia donde el Tribunal interamericano realice interpretaciones al *corpus juris* interamericano, al ser ese órgano jurisdiccional el último y definitivo intérprete del Pacto de San José (dimensión objetiva de norma interpretada).

²⁰⁰ Párr. 198 de la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220.

²⁰¹ En la parte respectiva, este precepto señala: “Artículo 13. (...) Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda”.

²⁰² *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209, párr. 338; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215, párr. 235; *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216, párr. 218; y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220, párr. 77.

En efecto, como lo señalamos en su momento, la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere “eficacia directa” en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como “parte material”. Lo anterior, debido a los efectos de la *norma convencional interpretada*, que produce “efectos expansivos” de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia. En este sentido, la jurisprudencia convencional no es simplemente orientadora,²⁰³ sino resulta obligatoria para los jueces mexicanos (en su dimensión subjetiva y objetiva); y su eficacia comienza desde que las sentencias internacionales son notificadas o transmitidas al Estado mexicano, en términos del artículo 69 de la CADH y con independencia del procedimiento interno que realicen los órganos y autoridades mexicanas para coordinar su implementación y cumplimiento, así como los demás actos que se realicen para dar a conocer y adoptar la sentencia y la jurisprudencia internacional.

4. Aplicabilidad de los criterios de la Corte IDH por tribunales federales y locales

Con anterioridad a la resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia en acatamiento al *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, en julio de 2011, el “control difuso de convencionalidad” había iniciado su aplicación (o al menos su reconocimiento) por algunos tribunales mexicanos a la luz de la jurisprudencia convencional. En efecto, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, con residencia en Morelia, Michoacán, al resolver el amparo directo 1060/2008, el 2 de julio de 2009 (meses antes de la sentencia del *Caso Radilla Pacheco*), haciendo alusión al *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), consideró lo siguiente:

²⁰³ Véase la tesis I.7o.C.51 K, del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, cuyos rubro y texto son:

“JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos” (énfasis añadido). Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, TCC, Tomo XXVIII, diciembre de 2008, p. 1052.

En ese orden, ha de establecerse que los tribunales locales del Estado Mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 908/2006, promovido por Nahum Ramos Yescas, en sesión celebrada el dieciocho de abril de dos mil siete, cuando determinó:

“El concepto de interés superior del niño, ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos y cuyos criterios, por tanto, son obligatorios)”.

(...)

Luego, al haber considerado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dado que México aceptó la Convención Americana de Derechos Humanos, también reconoció la interpretación que de dicha convención realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos; lo cual conduce a este tribunal colegiado a considerar que todos los tribunales del Estado están obligados a ejercer el control de convencionalidad al resolver cualquier asunto sometido a su jurisdicción, como lo estableció la citada Corte Interamericana al decidir el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, en la sentencia emitida el veintiséis de septiembre de dos mil seis.

De ahí que los órganos de justicia nacional quedan obligados a ejercer ‘el control de convencionalidad’, respecto a actos de autoridad –entre ellos, normas de alcance general– conforme a las atribuciones que les confieren los ordenamientos a los que se hallan sujetos y las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a las que se encuentran vinculados por la concertación, ratificación o adhesión de los tratados o convenciones del Presidente de la República; que tiene como propósito que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos; control que queda depositado tanto en tribunales internacionales –o supranacionales– como en los nacionales, a quienes mediante el mismo se les encomiendan la nueva justicia regional de los derechos humanos y adquieren, además, la obligación de adoptar en su aparato jurídico tanto las normas como la interpretación de éstas, a través de políticas y leyes, que garanticen el respeto a los derechos humanos y sus garantías, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.

Como consecuencia de lo cual, se impone establecer que las autoridades del estado mexicano tienen la ineludible obligación de observar y aplicar en su ámbito

competencial interno –además de las legislativas– medidas de cualquier otro orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, no sólo de la Constitución y de sus normas internas sino también de las Convenciones Internacionales de las que México es parte y de las interpretaciones que de sus cláusulas llevaron a cabo los organismos internacionales; lo que conlleva a sustentar que todos los tribunales deben realizar un control difuso de convencionalidad, al resolver los asuntos sometidos a su competencia.

(...)

Eso significa que si bien los jueces y tribunales mexicanos –en principio– quedan sujetos a la observancia y aplicación del imperio de las disposiciones nacionales; cuando el Estado Mexicano ratificó un tratado internacional –como la Convención Americana– como parte del aparato del Estado que son, también quedan sometidos a ésta; por tanto, están obligadas a velar porque los efectos de las disposiciones que la integran no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin; mediante el ejercicio del control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; más aún la interpretación que de esa convención hubiese realizado la Corte Interamericana, como su último intérprete (énfasis añadido).

El anterior criterio quedó reflejado en la Tesis XI.1º.A.T.47 K, cuyo rubro y texto son:²⁰⁴

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO.

Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen (énfasis añadido).

Asimismo, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, con residencia en el Distrito Federal, al resolver el amparo directo

²⁰⁴ Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC, Tomo XXXI, mayo de 2010, p. 1932.

505/2009, el 21 de enero de 2010, ha sostenido la tesis I.4º.A.91 K, cuyo rubro y texto son:²⁰⁵

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas de derecho interno y la propia convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado. Lo anterior adquiere relevancia para aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia (énfasis añadido).

A nivel federal, además de las sentencias de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación donde expresamente se otorga la posibilidad de realizar control difuso de constitucionalidad a partir de la reforma al artículo 99 constitucional de 2007²⁰⁶ (incluso antes de dicha reforma al aplicar de manera directa tratados internacionales),²⁰⁷ destaca la reciente sentencia de la

²⁰⁵ Publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC, tomo XXXI, marzo de 2010, p. 2927.

²⁰⁶ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 13 de noviembre de 2007. El párrafo relativo señala: “Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos, la Sala Superior informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación”. Esta facultad la venía realizando la Sala Superior del Tribunal Electoral, hasta que se resolvieron las contradicciones de tesis 2/2002 y 4/2002 por la Suprema Corte, que negó tal posibilidad a través de una interpretación reduccionista del artículo 105 constitucional, que establece que “la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo”; siendo que esa “vía” se refiere al control abstracto, competencia exclusiva de la Suprema Corte y no de aquellos casos de aplicación de la norma, cuya competencia es, precisamente, del Tribunal Electoral, (a partir de la reforma constitucional de agosto de 1996). Desde la reforma de 2007, la Sala Superior ha inaplicado múltiples normas por estimarlas inconstitucionales.

²⁰⁷ Uno de los asuntos más emblemáticos es el Caso “Jorge Hank Rhon”, resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral el 6 de julio de 2007, expediente SUP-JDC-695/2007, donde se aplicaron diversos

Sala Regional Toluca de dicho Tribunal, correspondiente a la V circunscripción plurinominal, al resolver el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, expediente ST-JDC-33/2011, de 24 de marzo de 2011, bajo la ponencia del magistrado Santiago Nieto.

En esta sentencia se hace referencia expresa al deber de todos los jueces de realizar control de convencionalidad y considerar que “en términos del artículo 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Unidos Mexicanos han reconocido la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de mil novecientos noventa y ocho, por lo que la jurisprudencia que emita respecto a la interpretación de dicha convención es de *observancia obligatoria*”. En esta resolución se citan los diversos casos de la Corte IDH donde han establecido la doctrina del “control difuso de convencionalidad” y especialmente se sigue el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, para establecer que dicho control debe ejercerse por “todos los jueces”, independientemente de su formal pertenencia o no al poder judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, lo cual implica, entre otros aspectos, “la obligación de los jueces de aplicar de forma directa los tratados internacionales”.

Unos meses después, a cinco días de haber entrado en vigor la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la misma Sala Regional Toluca, en el expediente ST-JDC-53/2011, de 16 de junio de 2011, retoma el precedente anterior, vinculándolo con el artículo 1º constitucional. En la parte relativa de esta sentencia se dice:

En este tenor, la reforma constitucional al artículo 1, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, establece la obligación de tutelar los derechos de las personas a la luz de dicha Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Lo expuesto, es acorde con los criterios adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, al resolver los casos *Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos* y *Cabrera García y Montiel Flores*, en cuanto a la obligación de todos los jueces del Estado Mexicano de realizar un control de convencionalidad de los actos o resoluciones de las autoridades contrastándolas

preceptos de la CADH y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, potencializando su derecho a ser votado, en contravención de la limitante establecida en el artículo 42, párrafo tercero, de la Constitución del Estado de Baja California, que no permitía a los presidentes municipales en funciones ser candidatos para el cargo de gobernador.

no solamente con la ley, sino también con base en los tratados internacionales de los que México es parte.

También debe señalarse que algunos tribunales locales han aceptado la doctrina del “control difuso de convencionalidad” y expresamente reconocen la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH, como se aprecia en la resolución dictada por la Sala Penal Colegiada “C”, en calidad de Tribunal de Casación, del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Durango, de 26 de abril de 2011, al resolver el toca número 01PC/2011. En la parte relativa de este fallo se sostiene:²⁰⁸

“En tal virtud, este Tribunal de Casación considera que es obligación de los tribunales de juicio oral observar los parámetros o estándares que están consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Constitución Política del Estado de Durango (en nuestro caso), las leyes que de ellas emanan, pero también los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia que han generado los tribunales cuya jurisdicción ha sido reconocida por nuestro país, verbigracia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado jurisprudencia en el sentido de que todos los jueces de nuestro país, de todos los niveles, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización estamos obligados a verificar la compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención, sus Protocolos adicionales y la jurisprudencia de la propia Corte (control de convencionalidad) (énfasis añadido).²⁰⁹

Lo anterior pone en evidencia el inicio de la práctica del “control difuso de convencionalidad” en el sistema jurisdiccional mexicano, en sintonía con la jurisprudencia convencional interamericana y con los ejemplos de altas jurisdicciones de países latinoamericanos, a que se refieren los párrs. 226 a 232 de la sentencia relativa al *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.

Asimismo, debe destacarse que también ha iniciado la práctica del “control difuso de constitucionalidad”, a menos de un mes de que la Suprema Corte realizara una nueva interpretación del artículo 133 constitucional, al pronunciarse sobre el cumplimiento de la sentencia del Caso Radilla Pacheco (y estando toda-

²⁰⁸ Agradezco al ex presidente del Tribunal del Tribunal Superior de Justicia de Durango, Dr. Miguel Ángel Rodríguez Vázquez, la remisión de esta resolución.

²⁰⁹ En la nota al pie de página de este párrafo de la sentencia que se reproduce, aparece lo siguiente: “5. Lo anterior lo ha manifestado en diversas resoluciones: *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, *Fernández Ortega y Otros vs. México*, *Rosendo Cantú y Otra vs. México*, y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Véase en este último caso el voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo FERRER MAC-GREGOR POISOT, para conocer su opinión respecto a las implicaciones para el sistema jurídico mexicano”.

vía pendiente el engrose respectivo). En efecto, en la resolución del magistrado Carlos Emilio Arena Bátiz, integrante de la Cuarta Sala Unitaria Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, al conocer del recurso de apelación en contra de un auto de formal prisión (toca penal artículo 43/11), el 8 de agosto de 2011, ejerció “control difuso de constitucionalidad”, al desaplicar al caso concreto el artículo 224, fracción V, del Código de Penal del Estado de Nuevo León. Como fundamento para realizar esta “nueva” competencia, dicho magistrado estimó:²¹⁰

Las facultades de esta Sala Penal para desaplicar una norma legal al caso concreto, ya sea por inconstitucionalidad (contraria a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) o por inconventionalidad (contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos), derivan:

A. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformada por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el pasado 10 de junio de este año, la cual ahora establece en su artículo 1º –primero, párrafo tercero, lo siguiente (se reproduce)

B. Y de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 12.511. Rosendo Radilla Pacheco, contra los Estados Unidos Mexicanos, la cual en su párrafo 339 establece la obligación a cargo de todos los jueces mexicanos de aplicar incluso de oficio, el “control de convencionalidad”

Lo anterior, en virtud de así haberlo resuelto la Suprema Corte de Justicia, el día 12 –doce de julio del año en curso...

Habiendo expuesto el fundamento con base al cual esta Sala puede desaplicar al caso concreto, una norma legal inconstitucional, procede ahora exponer las razones por las cuales el suscrito Magistrado considera inconstitucional el antes referido artículo 224, fracción V, del Código Penal local, en el cual se tipifica uno de los DELITOS COMETIDOS EN LA ADMINISTRACIÓN Y PROCURACIÓN DE JUSTICIA.²¹¹

Por último, la tendencia anterior de aplicabilidad de los tratados internacionales y de los criterios de la Corte IDH, se advierte en recientes reformas legislativas, como sucede en la Constitución del Estado de Sinaloa (2008). En este ordenamiento supremo local, se establecen criterios de interpretación a los derechos fundamentales y “su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables

²¹⁰ Pp. 20 a 22, de dicha resolución.

²¹¹ Cabe destacar que también, *obiter dictum*, se estimó la inconstitucionalidad del artículo 180 bis del Código Penal del Estado de Nuevo León, por violar el principio de reserva legal en material penal; *cf.*: p. 24 de dicha resolución.

y atendiendo los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²¹² (énfasis añadido); prevision que de manera similar se contiene en el artículo 16.b) de la Constitución del Estado de Tlaxcala.

IX. EL CONTROL CONVENCIONAL DEL “CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD”

En el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), el Estado demandado hizo valer como excepción preliminar la incompetencia de la Corte IDH debido a que estimó que lo pretendido ante esa instancia internacional consistía en revisar el proceso penal que fue seguido por todas las instancias jurisdiccionales competentes en sede nacional, donde incluso se interpusieron recursos (apelaciones) y se presentaron juicios de amparo; además, se afirmó por el Estado que fue ejercido el “control de convencionalidad” *ex officio*, lo que a su entender hace incompetente al Tribunal interamericano al no poder “revisar” lo juzgado y decidido previamente por los jueces domésticos que aplicaron parámetros convencionales.

Este alegato sobre el ejercicio previo del “control de convencionalidad” en sede nacional, como excepción preliminar, resultó novedoso y lo decidido por la Corte IDH crea un precedente valioso sobre su competencia y la llamada excepción preliminar por motivos de “cuarta instancia”.

En principio, es necesario recordar que la Corte IDH ha considerado que “si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que este Tribunal [Interamericano] deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la CADH,²¹³ lo cual incluye, eventualmente, las decisiones de tribunales superiores”.²¹⁴

²¹² Artículo 4º Bis C-II. La reforma fue publicada en el *Periódico Oficial* de dicha entidad federativa el 26 de mayo de 2008. Véase *supra* nota 74.

²¹³ *Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo.* Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C Nº 63, párr. 222; *Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C Nº 200, párr. 44, y *Caso Da Costa Cadogan vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de septiembre de 2009, Serie C Nº 204, párr. 12.

²¹⁴ *Cfr. Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 49.

En tal sentido, si bien existe jurisprudencia constante relativa a desestimar los planteamientos de excepciones preliminares por motivos de “cuarta instancia”, es la primera vez que se alega que los tribunales nacionales efectivamente ejercieron el “control de convencionalidad” en un proceso ordinario que fue seguido en todas sus instancias, incluyendo los recursos ordinarios y extraordinarios respectivos, por lo que no puede nuevamente analizarse por los jueces interamericanos al implicar una revisión de lo decidido por los tribunales nacionales que aplicaron normatividad interamericana.

Al respecto, la Corte IDH reitera en el *Caso de Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, que si bien la protección internacional resulta “de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”, como se expresa en el “Preámbulo” de la CADH (principio de subsidiariedad que también ha sido reconocido desde el inicio de su propia jurisprudencia),²¹⁵ lo cierto es que para poder realizar un análisis valorativo del cumplimiento de determinadas obligaciones internacionales “existe una intrínseca interrelación entre el análisis del derecho internacional y de derecho interno”.²¹⁶

Esta “interacción” se convierte, en realidad, en una “viva interacción”²¹⁷ con intensos vasos comunicantes que propician el “diálogo jurisprudencial”, en la medida en que ambas jurisdicciones (la doméstica y la internacional) necesariamente deben atender a la normatividad “nacional” y a la “convencional” en determinados supuestos. Así sucede, en vía de ejemplo, con la valoración sobre la legalidad de una detención. La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió.

²¹⁵ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párr. 61: “La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta “coadyuvante o complementaria” de la interna (Convención Americana, Preámbulo)”.

²¹⁶ Párr. 16 de la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220.

²¹⁷ Expresión del actual presidente de la Corte IDH, Diego García-Sayán; *cf.* su trabajo, “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004, op. cit. supra* nota 127.

A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia CADH remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales; ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las “Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral.

De tal manera que para poder determinar si las actuaciones de los jueces nacionales resultan compatibles con el Pacto de San José, en determinados casos se tendrá que analizar su actuación a la luz de la propia normatividad interna y siempre atendiendo a la CADH, especialmente para valorar lo que podríamos denominar el “debido proceso convencional” (en sentido amplio).²¹⁸ Dicho análisis, por consiguiente, no puede constituir una “cuestión preliminar”, sino fundamentalmente representa una “decisión de fondo”, donde precisamente se analizaría, *inter alia*, si un determinado ejercicio del “control de convencionalidad” por parte de los tribunales nacionales resultó compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado y a la luz de la propia jurisprudencia interamericana.

Las anteriores consideraciones, por supuesto, no otorgan competencia absoluta a la Corte IDH para revisar en cualquier caso y condición la actuación de

²¹⁸ Si bien no existe de manera expresa referencia al “debido proceso” en la CADH; el conjunto de derechos del propio Pacto y el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, ha creado, en su conjunto, lo que podría denominarse el “debido proceso convencional”, integrado por diversos derechos. En un interesante voto concurrente, Sergio García Ramírez advierte que “[...] Entre los temas examinados con mayor frecuencia por la Corte Interamericana se halla el llamado debido proceso legal, concepto desenvuelto por la regulación y la jurisprudencia angloamericana. El Pacto de San José no invoca, literalmente, el “debido proceso”. Con otras palabras, sin embargo, organiza el sistema de audiencia, defensa y decisión entrañado en aquel concepto. Cumple esta misión –esencial para la tutela de los derechos humanos– con diversas expresiones y en distintos preceptos, entre ellos el artículo 8º, que figura bajo el rubro de “Garantías judiciales”. Lo que se pretende con ello es asegurar al individuo que los órganos del Estado llamados a determinar sus derechos y deberes –en múltiples vertientes– lo harán a través de un procedimiento que provea a la persona con los medios necesarios para defender sus intereses legítimos y obtener pronunciamientos debidamente motivados y fundados, de manera que se halle bajo el amparo de la ley y al abrigo del arbitrio” (Párr. 3, del voto razonado que formuló, en relación con la Sentencia del *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151).

los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna, toda vez que ello implicaría examinar nuevamente los hechos, valorar las pruebas y emitir una sentencia que eventualmente pudiera tener por efecto confirmar, modificar o revocar el veredicto nacional; cuestión que claramente excedería la competencia propia de esa jurisdicción internacional al sustituirse a la jurisdicción interna y violentar el carácter subsidiario y complementario esencial de aquélla. En efecto, las garantías convencionales descansan en el “principio de subsidiariedad” antes referido, reconocido expresamente en los artículos 46.1.a) de la propia CADH, previendo de manera clara como requisito de actuación de los órganos interamericanos “que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”; regla que a su vez complementa el dispositivo 61.2 del mismo Pacto, al prever de manera explícita como condición de actuación de la Corte IDH el “que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50” (referido al procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

La Corte IDH no tiene competencia para convertirse en una “nueva y última instancia” para resolver los planteamientos originales de las partes en un proceso nacional. Esto lo tiene claro el Tribunal interamericano como no puede ser de otra manera. Cobran relevancia las lúcidas reflexiones de un destacado juez interamericano al referirse precisamente sobre esta cuestión:²¹⁹

La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende –jamás lo ha hecho–, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos (énfasis añadido).

De lo expuesto se concluye que la jurisdicción interamericana será competente, en determinados casos, para revisar las actuaciones de los jueces nacionales, incluido el correcto ejercicio del “control de convencionalidad”, siempre y cuando el análisis se derive del examen que realice de la compatibilidad de la

²¹⁹ Párr. 3 del voto razonado formulado por el juez Sergio García Ramírez, a propósito de la sentencia emitida en el *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, de 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº 155.

actuación nacional a la luz de la CADH, de sus Protocolos adicionales y de su propia jurisprudencia convencional; sin que ello implique convertir al Tribunal interamericano en un “tribunal de alzada” o de “cuarta instancia”, *ya que su actuación se limitará al análisis de determinadas violaciones de los compromisos internacionales asumidos por el Estado demandado en el caso particular, y no de todas y cada una de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales domésticos*; lo que evidentemente en este último supuesto equivaldría a sustituir a la jurisdicción interna, quebrantando la esencia misma de la naturaleza coadyuvante o complementaria de los tribunales internacionales.

Por el contrario, la Corte IDH es competente para conocer “de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes”;²²⁰ siendo precisamente el objetivo principal del Tribunal interamericano “la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”,²²¹ de donde deriva su competencia también para analizar el debido ejercicio del “control de convencionalidad” por el juez nacional *cuando existan violaciones al Pacto de San José*, análisis que el juez convencional realizará, necesariamente, al resolver el “fondo” del asunto y no como “excepción preliminar”, al ser en aquel momento donde se efectúa el “examen de convencionalidad” de la actuación interna a la luz de la CADH y de la interpretación que se realice a la misma por la Corte IDH.

X. EL “DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL”: HACIA UN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA

La interacción entre el derecho internacional y el derecho constitucional resulta ineludible y sus vasos comunicantes se estrechan. Por una parte, la “internacionalización” de diversas categorías existentes en el ámbito nacional de los Estados constitucionales se evidencia, especialmente con los pactos internacionales en materia de derechos humanos y con la creación de los sistemas universal y regionales de protección de los mismos, con la finalidad de que dichos instrumentos internacionales se apliquen y sean realmente efectivos por los Estados. Se transita de las tradicionales “garantías constitucionales” a las “garantías convencionales”, teniendo su máximo grado de desarrollo con las sentencias que dictan los tribunales internacionales.

²²⁰ Artículo 33 de la CADH.

²²¹ Artículo 1º del Estatuto de la Corte IDH.

La doctrina del “control difuso de convencionalidad” pareciera que fue adoptada por la Corte IDH en un proceso evolutivo de la referida “internacionalización”, al haber influido las prácticas de las altas jurisdicciones nacionales en su jurisprudencia.²²² La propia Corte IDH reconoce la utilidad y beneficio de la jurisprudencia nacional producida en los Estados que forman parte de la CADH. Así, el “diálogo jurisprudencial” se convierte en una herramienta de “doble vía” de interacción, como recientemente lo ha reconocido dicho Tribunal interamericano:²²³

4. Durante 2010 el “diálogo jurisprudencial” entre la Corte Interamericana, órganos judiciales superiores a nivel interno. Este diálogo ha tenido dos efectos concretos y palpables en los últimos años. Por un lado, a nivel interno se puede verificar un creciente número de países que incorporan los estándares interamericanos de derechos humanos fijados por la Corte. Por el otro, la Corte se ve enormemente beneficiada de la jurisprudencia producida a nivel local, lo que ayuda además al desarrollo de su propia jurisprudencia. Esto genera una dinámica que enriquece la jurisprudencia del Tribunal y fortalece la vigencia de los derechos humanos en todos los Estados del hemisferio, ya que la protección internacional de los derechos humanos encuentra aplicación directa en el ámbito interno por parte de los tribunales locales o de cualquier órgano estatal encargado de impartir justicia.

Por otra parte, el influjo que a partir de 2006 imprime el Tribunal interamericano para “irradiar” su jurisprudencia y, por tanto, lograr la recepción nacional de los estándares internacionales en los Estados parte de la CADH, produce una intensidad y profundidad de la “nacionalización” o “constitucionalización” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como lo demuestra la recepción de dicha doctrina por las altas jurisdicciones nacionales a que se refiere expresamente el *Caso Cabrera García y Montiel Flores* (párrafos 226 a 232 de la sentencia);²²⁴ y a este catálogo jurisprudencial de altas jurisdicciones nacionales debe ahora sumarse la producida por la Suprema Corte de Justicia mexicana, que precisamente aceptó el “control difuso de convencionalidad” como parte del

²²² Véase *supra* “VI. El “control difuso de convencionalidad” por el juez nacional en América Latina: Hacia una teoría general”, especialmente el epígrafe “3.A: Carácter difuso: todos los jueces nacionales ‘deben’ ejercerlo”.

²²³ Síntesis del Informe Anual de la Corte IDH de 2010, que se presenta a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA (Washington, D. C., 18 de marzo de 2011).

²²⁴ Véanse los párrafos 226 a 232 de la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, donde se reproducen pasajes de sentencias de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Colombia, Perú y República Dominicana.

cumplimiento de una sentencia de la Corte IDH, en el *Caso Radilla Pacheco* en julio de 2011.²²⁵

En el año 2010 dicha doctrina jurisprudencial se reiteró por la Corte IDH en ocho casos contenciosos y lo que va del presente 2011 en un caso más, lo que denota su consolidación. Sus elementos y rasgos seguramente seguirán siendo cuidadosamente analizados por los jueces interamericanos y nacionales. No pretende establecer qué órgano tiene la última palabra (aunque de facto la tenga la Corte IDH), sino fomentar el “diálogo jurisprudencial” creativo, responsable y comprometido con la efectividad de los derechos humanos. La Corte IDH es consciente de esta interacción y del “diálogo jurisprudencial” que se ha generado, como se aprecia en su informe anual de labores de 2010:²²⁶

En el presente apartado se presentan los principales avances jurisprudenciales desarrollados por la Corte durante el 2010 y algunos de los criterios que reafirman la jurisprudencia ya establecida por el Tribunal. Al respecto, cabe destacar que estos avances jurisprudenciales establecen estándares interamericanos que son obligatorios no sólo para las partes en cada caso, sino para todos los Estados Parte de la Convención Americana. En efecto, la Corte Interamericana, al interpretar el texto de la Convención, lo hace en su carácter de “intérprete final”.

Esta jurisprudencia de la Corte en diferentes casos, ha venido siendo aplicada efectivamente por tribunales nacionales de otros Estados, lo cual ha generado la existencia de un “diálogo jurisprudencial” en el cual los órganos del Sistema Interamericano interactúan con organizaciones de la sociedad civil de los países de la región, con órganos estatales de todos los niveles, con organismos internacionales y, fundamentalmente, con otros tribunales que a nivel nacional incorporan los estándares interamericanos al derecho interno de sus respectivos países.

En efecto, los más altos tribunales de países como Argentina, El Salvador, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Perú y República Dominicana, entre otros, han señalado expresamente la obligatoriedad de la Convención Americana y de la interpretación que de la misma lleva a cabo la Corte.

Esto genera una dinámica que enriquece la jurisprudencia del Tribunal y fortalece la vigencia de los derechos humanos garantizados por la Convención Americana en todos los Estados del hemisferio, ya que la protección internacional de los derechos humanos encuentra aplicación directa en el ámbito interno por parte de los tribunales locales o de cualquier órgano estatal encargado de impartir jus-

²²⁵ Véase *supra* “VIII. La recepción del “control difuso de convencionalidad” en México”, especialmente el apartado “2. El cumplimiento (parcial) de la sentencia del *Caso Radilla* y su discusión en la Suprema Corte”.

²²⁶ Informe Anual de Labores, 2010, pp. 55-56.

ticia. Cabe destacar que este diálogo jurisprudencial se relaciona, además, con la obligación que pesa sobre los jueces internos de verificar la compatibilidad de las normas y actos que deben analizar con respecto a la Convención Americana y con la interpretación que de ésta hace la Corte Interamericana. Esta obligación denominada “control de convencionalidad” ha sido señalada por la Corte en numerosas oportunidades (énfasis añadido).

Los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son ellos los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. La Corte IDH debe velar por ello y tener plena consciencia de los estándares que irá construyendo en su jurisprudencia, teniendo en consideración, además, el “margen de apreciación nacional” que deben contar los Estados nacionales para interpretar el *corpus juris* interamericano.²²⁷ De los jueces interamericanos se espera mucho y “en la medida en que más se autoexija, podrá a su vez exigir más a las cortes nacionales”.²²⁸

El “control difuso de convencionalidad” adquiere una creciente importancia para la efectividad de los derechos humanos en sede nacional. En el caso mexicano, este “control” se relaciona con la nueva cláusula de interpretación conforme contenida en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional, toda vez que el intérprete nacional deberá, en primer término, realizar una interpretación armónica entre la norma nacional y el tratado internacional, optando en todo momento por aquella interpretación que favorezca con mayor intensidad a las personas; y sólo en caso de incompatibilidad absoluta se dejará de aplicar la norma o se declarará su invalidez, de acuerdo a las competencias de cada juez y el tipo de proceso de que se trate. De esta forma, la nueva cláusula de interpretación conforme permitirá “armonizar” el derecho nacional y el internacional, lo que propiciará seguramente un intenso diálogo jurisprudencial de manera

²²⁷ Sobre esta doctrina, *cf.*: GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, *op. cit. supra*, nota 46. Si bien este “margen de apreciación nacional”, frecuentemente utilizada por el Tribunal de Estrasburgo, tiene más posibilidades en Europa, debido a las profundas diversidades culturales entre los países de esa región. En América Latina, en cambio, partimos de raíces comunes, incluso un desarrollo temporal semejante de doscientos años de constitucionalismo, lo que hace pensar que, en teoría, tendríamos más posibilidades y elementos para lograr un *ius commune* en materia de derechos humanos, siendo el “control difuso de convencionalidad” una herramienta que seguramente desencadenará el “diálogo jurisprudencial” para permitir ese ideal y considerando que sólo los países latinoamericanos han aceptado la jurisdicción de la Corte IDH.

²²⁸ SAGUÉS, Néstor Pedro, “El «control de convencionalidad», como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, *op. cit.* nota 87, tomo II, pp. 449-468, en p. 467.

“horizontal/vertical” entre los propios tribunales internos y éstos a su vez con la Corte IDH.

La Suprema Corte de Justicia deja de tener el monopolio en la interpretación de los derechos humanos, al existir una pluralidad de intérpretes del texto constitucional (donde se incluyen los derechos humanos de fuente internacional). El “diálogo jurisprudencial” se traslada al ámbito nacional, entre la Suprema Corte, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los Tribunales Superiores de Justicia en las entidades federativas y, en general, entre todos los jueces (federales y locales). De igual forma, la Corte IDH deja de erigirse como el único órgano jurisdiccional que interpreta la CADH y que puede realizar el “control de convencionalidad” para extenderse ahora hacia todos los jueces mexicanos que “deben” realizar interpretaciones al *corpus iuris* interamericano y ejercer dicho control dentro de sus competencias. Así, el diálogo “vertical” entre todos los jueces mexicanos con el Tribunal interamericano, se producirá con particular intensidad con la Suprema Corte de Justicia mexicana, por ser el último intérprete del sistema nacional, sin perder de vista que la Corte IDH, a su vez, constituye el “último” y “definitivo” intérprete de la CADH a nivel interamericano.

Ante la multiplicidad de intérpretes en materia de derechos humanos en México, se iniciará un interesante diálogo jurisprudencial de tipo “vertical” y “horizontal”; pero también “paralelo”,²²⁹ si consideramos el influjo que produce el intercambio jurisprudencial que en la actualidad mantienen las altas jurisdicciones nacionales, especialmente los tribunales, cortes y salas constitucionales, que propicia la circulación de criterios en el marco de lo que Zagrebelsky llama la “justicia constitucional cosmopolita”, que descansa en un patrimonio común de principios constitucionales materiales, los cuales se producen en las distintas sedes donde se elabora derecho constitucional;²³⁰ por otra parte, este diálogo jurisprudencial “paralelo” seguramente se producirá en México, debido a que el parámetro de “control difuso de convencionalidad” se “amplía” por el nuevo contenido normativo del artículo 1º constitucional que va más allá del *corpus iuris* interamericano y de la jurisprudencia de la Corte IDH; diálogo “parale-

²²⁹ Sobre los tipos de diálogos entre tribunales y el recurso a la comparación, véase la obra VERGOTTINI, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, con muy interesante pról. de Javier García Roca, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2010.

²³⁰ Cfr. ZABREBELSKY, Gustavo, “El juez constitucional en el siglo XXI”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 249-267.

lo”, por cierto, que este Tribunal interamericano mantiene con otros tribunales internacionales, especialmente con su homólogo europeo.

En definitiva, la trascendencia de la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad” es de tal magnitud, que probablemente en ella descansa el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico “diálogo jurisprudencial” –entre los jueces nacionales y los interamericanos–, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas.