

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN EL LLAMADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERAMERICANO*

JUDICIAL INDEPENDENCE IN THE CALLED INTER-AMERICAN CONVENCIONALITY CONTROL

KARLOS A. CASTILLA JUÁREZ**
Universitat de Barcelona/UNAM
karloscastilla@gmail.com

RESUMEN: Al cumplirse diez años de la inclusión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del llamado control de convencionalidad, son muchos los debates que se han desarrollado en torno a éste. Uno de ellos tiene que ver con la incidencia en la independencia judicial del mandato que dirige el tribunal interamericano a jueces y tribunales nacionales de seguir y aplicar todas sus interpretaciones. Asunto que no es menor, si se comprenden y tienen presentes el conjunto de principios y valores en los cuales se sustenta el sistema interamericano, así como la importancia que tiene la independencia judicial en la protección de los derechos humanos. Por ello, en este artículo se analiza y debate cuándo el llamado control de convencionalidad se puede convertir en una interferencia indebida de la independencia judicial de jueces y tribunales nacionales y cuándo eso no ocurre de conformidad con el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ABSTRACT: In the 10th anniversary of the incorporation of the conventionality control in the jurisprudence of the Interamerican Court of Human Rights, there are many open discussions. One of them is related to the impact in judicial independence of the order that directs the Interamerican Court to judges and national courts to implement and follow all of its interpretations. This issue is critical if we consider the principles and values in which the interamerican system is based, as well as the relevance that de judicial independence has in the protection of human rights. Therefore, this article analyzes and discusses when the “llamado de convencionalidad” can become an undue interference of the judicial independence of national courts and judges, and when that does not happen in accordance with the content of the American Human Rights Convention.

PALABRAS CLAVE: Control de convencionalidad, Independencia Judicial, Sistema Interamericano, Interpretación, Corte Interamericana, Jueces nacionales, Tribunales nacionales.

KEYWORDS: Conventionality control, judicial independence, Inter-American System, Interpretation, Inter-American Court, national judges, national courts.

* Trabajo recibido el 10 de marzo de 2016 y aprobado el 19 de octubre de 2016.

** Abogado mexicano (UNAM). Doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra. Investigador visitante en el Instituto de Derecho Público de la Universitat de Barcelona.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

En septiembre del año 2016 se cumplirán diez años desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) incluyó por primera vez en su jurisprudencia el término *control de convencionalidad*¹. Sin embargo, pese a todo lo que se ha escrito sobre ese tema en el continente americano y la importancia que se le ha asignado, el tribunal interamericano en los últimos cuatro años y medio (enero 2012 a julio 2016) sólo en 14 de 74 sentencias que ha emitido², ha hecho referencia expresa³, no siempre coincidente, a lo que entiende por “control de convencionalidad” y lo que ordena que hagan, alguna vez, todas las autoridades y órganos de un Estado y, otras veces, sólo los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.

Como insistentemente lo he señalado desde hace algún tiempo⁴, ese camino de casi diez años ha estado lleno de inconsistencias en cuanto al contenido, naturaleza y alcances del término⁵; incertidumbres respecto a la operación jurídica que se ordenaba⁶, sus destinatarios y si ésta era idéntica en todos los casos. Pero también, ha estado enmarcado en una larga y amplia producción de artículos, libros y manuales que antes que buscar llenar los vacíos que iba dejando la jurisprudencia interamericana, se han limitado a cortar y pegar los párrafos de las sentencias seleccionadas estratégicamente por quienes han liderado la difusión del llamado *control de convencionalidad*, a fin de crear una idea colectiva en los ámbitos jurídicos de novedad y desarrollo de algo que, si es analizado seriamente, sólo ha implicado en el fondo decir con otras palabras y a partir de un término, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) debe ser observada, cumplida y aplicada por los Estados Parte a ésta, lo cual incluye, por lógica, a todos sus órganos y autoridades, entre los que necesariamente están los del Poder Judicial y demás vinculados con la administración de justicia.

¹ Corte IDH (2015), p. 4.

² Este artículo se concluye en agosto de 2016 y para este momento la última sentencia contenciosa emitida por la Corte Interamericana es: Serie C, N° 317. Sin que estén disponibles los números: 312, 315 y 316 que elevarían el número a 77 sentencias emitidas en ese período de tiempo.

³ En nueve sentencias más también se hace mención del término “control de convencionalidad”, pero no se precisa qué es o en qué consiste.

⁴ CASTILLA (2011); CASTILLA (2013), y CASTILLA (2014).

⁵ *Cf.*: en el mismo sentido: HENRÍQUEZ (2014).

⁶ Véase en ese sentido: ROJAS (2015), pp. 134 y ss.

Pese a eso, también es cierto que la Corte Interamericana ha intentado dar respuesta y acotar algunas de las críticas que le hemos hecho, llegando incluso a expresar que “la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad”⁷; con lo que intentó clarificar que el falso *control de convencionalidad* que ha difundido, no es en realidad ningún sistema, modelo o criterio de control o evaluación normativa. Sino tan sólo una reiteración de la sí existente obligación que tienen los Estados de aplicar la CADH⁸, toda vez que tal y como también de manera clara lo ha expresado la CoIDH, “al haber sido en la jurisprudencia interamericana en donde se ha acuñado el concepto de control de convencionalidad, éste debe ser concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la CoIDH”⁹.

Pero entre todo eso, hay un tema que me parece importante poner a debate y analizar más allá de las inconsistencias, vacíos y repeticiones irreflexivas de párrafos que suelen hacerse. Ese tema es el vinculado con la *independencia judicial* de los jueces nacionales frente a las órdenes y obligaciones que para éstos ha creado la CoIDH en el llamado *control de convencionalidad* interamericano. Específicamente, cuando la Corte Interamericana dice que: “las autoridades judiciales deben aplicar [los] criterios o estándares establecidos por la Corte [Interamericana] en ejercicio del control de convencionalidad”¹⁰; o bien que: “las autoridades internas están obligadas a tomar en cuenta las interpretaciones de la Convención Americana realizadas por la Corte Interamericana”¹¹.

Ambas ideas, como expresiones extremas en cuanto al mandato expreso e innegable de obligatoriedad para seguir la jurisprudencia e interpretaciones que, inicialmente se expresaba por la CoIDH señalando que, al llevar a cabo el llamado *control de convencionalidad*, “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deb[ían] 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”¹².

⁷ Corte IDH, Serie C, N° 276, párr. 124.

⁸ CASTILLA (2014), 162.

⁹ Corte IDH, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párrs. 65 y 68.

¹⁰ Corte IDH, Serie C, N° 279, párrs. 436, 461 y 464.

¹¹ Corte IDH, Serie C, N° 302, párr. 307.

¹² Cf. Corte IDH, Serie C N° 154, párr. 124 y Serie C, N° 282, párr. 311.

Pero ese “deber” de tener o tomar en cuenta y/o aplicar las interpretaciones que ha hecho la Corte Interamericana ¿no es o puede ser una vulneración de la *independencia judicial* con la que deben contar los jueces y tribunales nacionales? Si atendemos a los contenidos de la Convención Americana y no perdemos de vista la naturaleza y legitimidad de un tribunal internacional como la CoIDH ¿obligar a seguir sus interpretaciones no es o puede ser un exceso de sus facultades? ¿Dónde está el fundamento de esa obligación? ¿Es una obligación general o sólo se refiere a los casos en los que un Estado sea parte?

Dar respuesta (al menos inicial) a esas preguntas será el objeto central de este artículo. Por lo que se podrá dar cuenta quien lee estas líneas que mucho de ello pasa por responder si la jurisprudencia de la Corte Interamericana es obligatoria, cuándo sí, cuándo no y para quién sí o para quién no. Sin embargo, ese análisis que suele hacerse en abstracto, esta vez lo haré a partir de uno de los elementos esenciales que todo juez y tribunal debe tener: *independencia judicial*. En este caso, el margen que hay, si lo hay, dentro de esa *independencia judicial*, para que un tribunal internacional le imponga sus interpretaciones a los jueces nacionales, cuando entre uno y otros no existe una relación jerárquica ni orgánica. Esto es, cuál es el margen que la independencia judicial da para que un tribunal nacional deba (obligación) aplicar y seguir, sin más, las interpretaciones de un tribunal internacional.

Con ese fin, en primer lugar, para dar continuidad a la serie de artículos que sobre el llamado *control de convencionalidad* he escrito, estableceré los elementos que integran actualmente el entendimiento de control de convencionalidad a partir de una revisión de la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana en la que se hace mención de éste. Ello con el fin de establecer si, para llevar a cabo el *control de convencionalidad* interamericano, es imprescindible seguir las interpretaciones que hace la CoIDH.

En segundo lugar, estableceré a qué *independencia judicial* me refiero en este artículo, al ser la relación que hay entre tribunales internacionales y nacionales una de las menos estudiadas cuando se analiza la *independencia judicial*, al generalmente centrarse en las influencias que unos u otros tribunales pueden tener en el marco del sistema en el que se encuentran, pero no en su interacción interna-externa. Con lo que, para ese fin, estableceré también cuál es la independencia judicial que hasta hoy ha sido considerada como relevante en la jurisprudencia interamericana.

En tercer lugar, teniendo en cuenta los dos elementos anteriores, estableceré, de conformidad con la Convención Americana, cuáles son las formas y medios

que tiene la CoIDH para hacer cumplir sus decisiones, si tiene facultades para ordenar que se sigan todas sus interpretaciones y, con todo ello, finalmente, cuáles son los márgenes con los que cuenta la Corte Interamericana para cumplir sus funciones sin transgredir la *independencia judicial* de los jueces nacionales. Esto teniendo especialmente en cuenta que el sistema interamericano y la labor que desarrolla la CoIDH es subsidiaria de los sistemas nacionales, que no es un órgano jerárquicamente superior a éstos y dando un voto de confianza a jueces y tribunales nacionales como órganos capaces de garantizar de manera efectiva el objeto y fin de los tratados interamericanos de derechos humanos.

Por último, estableceré algunas ideas a manera de conclusión. Advirtiendo desde ahora que el fin de este artículo es proponer un debate que sume a la construcción de un sistema de protección de los derechos humanos congruente, coherente y funcional que, a partir del cumplimiento de las facultades y obligaciones que tiene cada uno de sus integrantes y actores, permita la efectiva garantía, protección y respeto de los derechos humanos sin transgredir otros valores que son los que finalmente legitiman a los sistemas internacionales de derechos humanos.

II. ¿QUÉ ES CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERAMERICANO?

Definir qué es el control de convencionalidad interamericano no es una labor sencilla¹³. Normalmente, cuando se intenta definir, incluso por la misma CoIDH¹⁴ o desde instituciones como el Instituto Interamericano de Derechos Humanos¹⁵, lo que se hace es citar el párrafo o los párrafos en los que la Corte Interamericana ha establecido de manera inconsistente e inestable la “obligación” que nació siendo una *especie de control de convencionalidad*.

Lo más cercano a una definición con la que contamos propuesta desde la CoIDH, es la que establece que es: “una institución que se utiliza para *aplicar* el Derecho Internacional, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la CoIDH”¹⁶.

¹³ Cfr. HENRÍQUEZ (2014), pp. 4 y ss.

¹⁴ Corte IDH (2015), p. 4.

¹⁵ IIDH (2015), p. 49.

¹⁶ Corte IDH, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución N° 20 de marzo de 2013, párrs. 65 y 68.

De esta forma, para entender a qué se refiere la Corte Interamericana cuando hace mención del término *control de convencionalidad*, es necesario seguir el recuento de jurisprudencia de donde se hace mención de dicho término¹⁷. Así, posterior a la sentencia del *caso Norín Catrimán y otros*¹⁸, que es la última que había identificado en esta serie de artículos¹⁹, en mayo del año 2014, la CoIDH hace mención de éste tres meses después en la resolución²⁰ de supervisión de cumplimiento de sentencia del *caso Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros*, en la que se dice que: “cuando existe cosa juzgada internacional el ‘control de convencionalidad’ posee un importante rol en el cumplimiento o implementación de la Sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales. El órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso”²¹.

Argumentos que van muy en la línea de lo establecido en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del *caso Gelman*, en la que se establecen los dos tipos de *control de convencionalidad* que a criterio del tribunal interamericano existen. Con lo que este criterio es interesante en la medida de que reitera, como más adelante se verá a más detalle, una de las intervenciones del Poder Judicial en ejercicio del llamado *control de convencionalidad* en las cuales se cumple con las obligaciones internacionales sin afectarse la *independencia judicial*.

En ese mismo mes de agosto también destaca el *caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*²², en la que, por una parte, al analizar si existía vulneración del artículo 2 de la Convención Americana, establece que:

“[C]uando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél,

¹⁷ Para agosto de 2016 eso significa revisar, al menos, 38 sentencias de la Corte Interamericana en las que se hace uso sustantivo de ese término.

¹⁸ Corte IDH, Serie C, N° 279, párrs. 436, 461 y 464.

¹⁹ *Supra* nota 4.

²⁰ Al ser pocas las resoluciones de supervisión de sentencia que aportan algún elemento sustantivo adicional, sólo se citan las más destacadas. La última publicada cuando se concluye este artículo es la relacionada con el *caso Ticona Estrada y otros*, de 1 de septiembre de 2016.

²¹ Corte IDH, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 21 de agosto de 2014, párr. 16.

²² Corte IDH, Serie C, N° 282, párrs. 311 y 471.

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

Formulación que, en cuanto a sus elementos, es prácticamente idéntica a la que ha utilizado de manera más estable desde el año 2013 y que como se observa, en este caso, dirige de manera prioritaria su mandato a “jueces y órganos vinculados con la administración de justicia” a pesar de que inicia señalando a “todos los órganos [del Estado]”. Sin embargo, superado ese análisis de fondo, en las reparaciones de esa misma sentencia, es decir, 160 párrafos adelante, ya no sólo se refiere a jueces, sino a “todas las autoridades y órganos de un Estado” como obligados a ejercer el llamado *control de convencionalidad*.

Dos meses después de ello, en el apartado de reparaciones del *caso Rochac Hernández y otros*²³, señala nuevamente que el ejercicio de control de convencionalidad vincula a “todos los poderes y órganos estatales en su conjunto”. Aunque en este caso, sólo establece que se debe ejercer “*ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”; sin señalar que, para cumplir con ese fin, se deben tener en cuenta el tratado y la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.

Con lo que, una vez más, varía el contenido de la orden y hace inconsistente su criterio en cuanto a las características y contenido de eso que llama *control de convencionalidad*. Habrá a quien le parezca irrelevante o intrascendente la ausencia de ese mandato específico de seguir sus interpretaciones, sin embargo, no lo es, ya que ahí está en gran medida el punto de análisis en el que más adelante me centraré, pues son dos cosas muy distintas el simplemente ordenar que se aplique la CADH por el llamado *control de convencionalidad*, sin más, y el que en esa aplicación se deban seguir ciertas interpretaciones preestablecidas por la CoIDH. Los alcances del mandato son muy distintos en uno y otro caso.

²³ Corte IDH, Serie C, N° 285, párr. 213.

La importancia de esa omisión o exclusión, además de lo antes señalado, radica en que lo que se omite o excluye no es una simple frase, sino lo que algunos han denominado como *parámetro de convencionalidad*²⁴. Pero también porque una vez más pone en evidencia la falibilidad consiente o no del tribunal interamericano, que no será un tema menor cuando hablemos de *independencia judicial* en el tercer apartado de este artículo.

De esta forma, si tomamos en serio los contenidos de la sentencia y lo que se ha establecido como *control de convencionalidad* en jurisprudencia previa, parece que en el *caso Rochac* la Corte Interamericana no ordena a todos los poderes y órganos de El Salvador a que sigan sus interpretaciones, sino tan sólo que apliquen la Convención Americana. ¿Eso implica que en ese caso les deja libertad interpretativa total? ¿Es un cambio en su jurisprudencia y a partir de ese caso deberemos entender que no hay mandato de seguir sus interpretaciones? La variación que no es menor y pone en evidencia la inconsistencia con la que la CoIDH ha construido su idea de *control de convencionalidad*, a pesar de que siga habiendo voces que tal vez por intereses personales hablan de evolución²⁵, consistencia y estabilidad en la forma en la cual la Corte Interamericana hace referencia en su jurisprudencia del falso *control de convencionalidad*.

Posterior a esa importante variación del mandato que incluye el falso *control de convencionalidad*, en el *caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros*²⁶, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como parte de sus argumentaciones, afirmó que la Corte Suprema de Chile no había ejercido *control de convencionalidad* para brindar un recurso efectivo a las víctimas. Sin embargo, a pesar de que se señala eso y que la CoIDH concluye en ese caso que sí hubo violación al artículo 25.1 de la Convención Americana, nada dice en relación a si se ejerció o no el referido control de convencionalidad, ni si se ejerció en todo caso de manera acertada o no, ni por qué. Tal parece que a la CoIDH le fue irrelevante el planteamiento de la CIDH para determinar la responsabilidad internacional de Chile. Lo cual se debe de lamentar, porque habría sido una gran oportunidad para conocer más allá de planteamientos abstractos, qué es y cómo se lleva a cabo un correcto o incorrecto *control de convencionalidad* por tribunales nacionales de acuerdo con los criterios y evaluación de la propia Corte Interamericana.

²⁴ FERRER (2011), p. 532.

²⁵ IIDH (2015), p. 50.

²⁶ Corte IDH, Serie C, N° 300, párr. 113.

Para octubre del año 2015, esto es, un año después de la variación jurisprudencial que antes señalé (*Rochac*), la Corte Interamericana en su apartado de reparaciones del *caso López Lone y otros*²⁷, vuelve a su formulación más repetida en los últimos años respecto a lo que entiende por *control de convencionalidad*, recuperando por tanto el mandato de observancia de sus interpretaciones que había abandonado (o simplemente olvidado) un año atrás. En ésta, originalmente, el mandato se dirige a “jueces y órganos vinculados con la administración de justicia”. Sin embargo, también establece la CoIDH que “las autoridades internas están obligadas a tomar en cuenta las interpretaciones de la Convención Americana realizadas por [ella], en este y otros casos”. Con lo que no sólo recupera el mandato de seguir sus interpretaciones, sino que lo establece como una obligación que deriva no sólo respecto a esa sentencia en la que evidentemente se era parte, sino respecto a otras. Tema importante del cual me ocuparé más adelante.

Días después de la anterior sentencia, en el *caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros*²⁸, a pesar de que la Corte Interamericana nunca ha explicado²⁹ cómo puede ser compatible su llamado *control de convencionalidad* con los sistemas de *usos y costumbres* que hay en pueblos y comunidades indígenas latinoamericanas, establece que en la interpretación de la normativa aplicable en materia indígena, 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”, siguiendo en este sentido su formulación más reiterada en los últimos años que incluye el mandato de observancia de sus interpretaciones.

Pero además de eso, en esa sentencia insiste en la relevancia que tiene para la debida interpretación de la legislación y aplicación del *control de convencionalidad*, el seguir su jurisprudencia³⁰, en este caso concreto, a fin de garantizar los derechos de la propiedad colectiva indígena y tribal y, en general, en lo que denomina como “materia indígena”, sin precisar si dicho mandato incluye a las autoridades indígenas que se rigen por usos y costumbres o si sólo se refiere a los casos en los que asuntos de “materia indígena” llegan ante órganos del Estado.

²⁷ Corte IDH, Serie C, N° 302, párr. 307.

²⁸ Corte IDH, Serie C, N° 304, párrs. 211, 255 y 346.

²⁹ Este es uno de los temas que desde hace varios años le he cuestionado a la Corte Interamericana sin obtener respuesta alguna: ¿cuál es el fundamento o razones para obligar a un sistema de usos y costumbres a ejercer control de convencionalidad sin romper o alterar la esencia de dicho sistema?

³⁰ Corte IDH, Serie C, N° 304, párrs. 211 y 255.

A pesar de todo lo antes establecido, en una sentencia emitida el mismo día que la previamente mencionada, la Corte Interamericana en el *caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros*³¹ habla de *control de convencionalidad* como atributo propio de ella, al establecer que no contaba con elementos para determinar responsabilidad internacional respecto a un tema que se le solicitó. Esto, se suma al desaseo metodológico con el que la CoIDH históricamente ha hecho uso del término *convencionalidad* y los significados que le asigna. Aunque bien vale destacar que este uso es en realidad el único que en verdad puede ser considerado bajo el término *control de convencionalidad*³², junto con el que hace la CIDH en el sistema interamericano³³.

Un mes después del anterior, en el *caso García Ibarra y otros*³⁴, lo primero que se puede destacar es que la Corte Interamericana señala que dicho control se ha desarrollado en su jurisprudencia atendiendo al principio de complementariedad. Situación que más adelante analizaré si en verdad cumple con ese fin cuando se envían mandatos de observar interpretaciones a quien primariamente debe interpretar y aplicar la CADH.

Lo segundo que se debe destacar es que en esta sentencia la referencia al llamado *control de convencionalidad* se hace en el análisis de fondo y no en reparaciones como en un gran número de casos se ha hecho, pero, además, se hace como una nota al pie. Eso sí, dicha nota al pie cuenta con todos los elementos que de manera más uniforme en los últimos años³⁵, salvo las excepciones que antes describí (*Rochac y Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz*), ha venido utilizando la Corte

³¹ Corte IDH, Serie C, N° 305, párr. 267.

³² Véase en idéntico sentido las afirmaciones del profesor Héctor Fix-Zamudio (2013), minuto 25, con 20 segundos y siguientes.

³³ Respecto al *control de convencionalidad* en dos momentos que ejerce la CIDH, véanse los votos del juez Vio Grossi en las sentencias de la CoIDH números 292, 297, 299 y 301. Votos en los que, además de lo antes destacado, es la primera vez que en el seno de la jurisprudencia interamericana se hace referencia a la labor e importancia que tiene la CIDH en el ejercicio del control de convencionalidad, lo cual es un tema olvidado por la CoIDH y la doctrina que irreflexivamente sigue sus pronunciamientos en el tema.

³⁴ Corte IDH, Serie C, N° 306, párr. 103, nota al pie 125.

³⁵ Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, 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, por lo que 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 y en esta tarea deben tener en cuenta no solamente el tratado,

Interamericana cuando hace mención de lo que considera ha sido una de sus más importantes aportaciones.

Posterior a eso, en febrero del año 2016 debemos ubicar la última “novedad” que la Corte Interamericana ha introducido a su larga cadena de inconsistencias en el uso del término *control de convencionalidad*, pues en su *opinión consultiva OC-22/16*, sin colocar su más repetido párrafo que aquí antes se ha citado, ni dar mayores explicaciones, establece que: “las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo”³⁶. Con lo cual, introduce un adjetivo más al llamado *control de convencionalidad*, sin decir, si existe esa función “preventiva”, qué otras funciones hay. Así, nuevamente, la Corte Interamericana introduce un elemento sin justificar, razonar, ni vincular siquiera ello a sus precedentes jurisprudenciales. Una vez más.

Finalmente, para agosto del año 2016³⁷, la última sentencia en la que la CoIDH ha hecho referencia al llamado *control de convencionalidad* fue en el *caso Tenorio Roca y otros*³⁸, en el que califica la actuación de un juez como un “oportuno y acertado control de convencionalidad”, por haberse seguido por éste “los criterios de convencionalidad emanados de [esa] Corte”. Así, a pesar de que no hace más desarrollos, el hecho de que un juez peruano siguiera una interpretación previa que había hecho la Corte Interamericana respecto a una situación particular de la desaparición forzada en otro caso previo contra Perú, hace que se emita esa valoración por el tribunal interamericano.

Es de destacarse este aspecto en este recuento, ya que, como antes se destacó, en otros casos (*caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros*), a pesar de que la propia CIDH le había pedido calificar un “ejercicio de convencionalidad”, la CoIDH no lo había hecho.

Esta revisión jurisprudencial demuestra una vez más que es falsa la uniformidad, consistencia y evolución ordenada con la que el llamado *control de convencionalidad*

sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

³⁶ Corte IDH, Serie A, N° 22, párr. 26.

³⁷ Este artículo se concluye el 31 de agosto de 2016 y la última sentencia publicada es: Serie C, N° 317, véase *supra* nota 2. De igual forma, debo destacar que en el período de tiempo que se analiza en este artículo, en las resoluciones de supervisión de cumplimiento las únicas referencias que hay corresponden una vez más a los casos vinculados con México, pero sólo se hace referencia como ejemplo planteado por el Estado para demostrar el cumplimiento de las sentencias respectivas.

³⁸ Corte IDH, Serie C, N° 314, párrs. 230 y 231.

se encuentra recogido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Aunque quienes afirman lo contrario, prefieren hacer caso omiso a estos análisis, antes que rebatirlos o tratar de explicarlos de alguna otra forma más allá de los elementos fácticos de cada caso que, como he demostrado³⁹, es un argumento insostenible.

En todo caso, para los fines de este artículo, es importante destacar que, salvo la excepción aquí resaltada (*Rochac*), para la Corte Interamericana al ejercer lo que ha denominado como *control de convencionalidad*, los jueces deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho dicha Corte. Mandato que, como antes he citado, en algunos casos lo ha establecido incluso como obligación que en todos los casos y no sólo en aquellos en los que se es parte se debe de satisfacer, para hacer un “correcto” *control de convencionalidad*.

Pero, ¿ese mandato es compatible con la independencia judicial? Si el sistema interamericano y, por tanto, la CoIDH son subsidiarios o complementarios de los sistemas nacionales ¿ese mandato es compatible con ello en ese marco?

III. INDEPENDENCIA JUDICIAL

Definir qué es *independencia judicial* no es una labor sencilla, ya que la reivindicación que emana de esas palabras puede ser interpretada de muy diferentes maneras. Así, por ejemplo, puede ser descrita desde una relación entre juez y partes o de jueces entre sí, como un problema de dependencia de otros poderes estatales (incluyendo la justicia misma) o, de modo general, como ausencia de dependencia de personajes con influencia política, con o sin vinculación gubernamental. Pero también puede ser enfocada desde la perspectiva del *forum internum*, o sea, de la independencia personal del juez⁴⁰.

Aunque en general, pese a esas dificultades, muchos de los análisis que se han desarrollado suelen sintetizar esa complejidad a partir de considerar dos principales ángulos: uno como la autonomía de los jueces (colectiva e individual) frente a otros individuos o instituciones (generalmente, el Poder Ejecutivo y Poder Legislativo)⁴¹; otra como la capacidad de los jueces para tener un pensamiento y juzgamiento independiente, lo cual no es resultado automático de disfrutar de lo que se considere un grado alto de autonomía, que es el primer punto de vista,

³⁹ CASTILLA (2015).

⁴⁰ Cf: SIMON (1985), p. 10; CASTAN (1951), p. 42.

⁴¹ IAJ (1984), p. 20.

sino de algo más que eso. En otras palabras, que la independencia judicial en el primer sentido como autonomía no es garantía de que los jueces van a pensar y actuar de manera independiente⁴².

A todo eso, que es una síntesis de lo mucho que se puede decir respecto a la forma en la cual se han dado aproximaciones de lo que es *independencia judicial*, en la doctrina suele dársele muy diversas denominaciones. Así, se suele distinguir principalmente entre independencia personal y funcional (u orgánica y funcional), como también entre independencia externa (que es la que se da frente a otros órganos o poderes y otras fuerzas sociales) e interna (dentro del propio cuerpo judicial)⁴³. Pero también como objetiva y subjetiva⁴⁴; política y jurídica⁴⁵; individual y colectiva⁴⁶, entre otras más.

De lo que si no hay duda, es que la idea de independencia judicial va indisolublemente unida a la concepción del Estado constitucional⁴⁷. Con lo que el sometimiento de los jueces a la Constitución, primero y, después, a las leyes y tratados que se aprueben de conformidad con ésta, está por tanto fuera de toda duda. Siendo este aspecto importante porque es en donde en gran medida queda anclada la conexión entre democracia e independencia judicial, ya que en un Estado democrático los jueces deben hallar motivos y razones para resolver las causas sometidas a su conocimiento dentro del sistema normativo emanado de la voluntad popular, como origen legitimador de facultades y límites de todos los órganos que interactúan en un Estado⁴⁸.

“En todo caso, el término independencia denota un concepto claramente relativo, referencial, en la medida en que presupone una pluralidad de realidades o situaciones entre las cuales no existe vinculación alguna, ya de manera absoluta o relativa y ya por naturaleza o convención”⁴⁹. Con lo cual surge la obligación de delimitar con precisión respecto a qué se impone la independencia, pero sobre todo, a qué fin responde tal imposición. Esto, porque como término referencial

⁴² Cfr. RUSSELL y O'BRIEN (2001), pp. 7 y 8.

⁴³ Cfr. GONZÁLEZ PIEDAD (1993), p. 15; CASTAN (1951), p. 42.

⁴⁴ Cfr. PRIETO (1986), p. 270.

⁴⁵ Cfr. CASTAN (1951), p. 8.

⁴⁶ Cfr. SENDRA, Gimeno (1981), pp. 77-78.

⁴⁷ SIMON (1985), p. 11; CASTAN (1951), p. 42.

⁴⁸ Cfr. ERNST (2005), pp. 235-236.

⁴⁹ REQUEJO (1989), p. 116.

no se aplica a un solo tipo de relación, ni sólo a influencias externas, sino también a internas y no sólo en lo individual de un juez, sino también como colectivo, sea considerado poder, órgano o simplemente auxiliar de éste⁵⁰.

De lo anterior, lo que queda claro es que la independencia no es un concepto monolítico⁵¹. A pesar de ello, por todos los elementos y ángulos desde los cuales puede analizarse, de manera más o menos coincidente en diversos estudios del tema, se ha llegado a establecer que la *independencia judicial* es la capacidad de tomar decisiones sin la interferencia de otros actores, sin presiones o interferencias que distorsionen el proceso de toma de decisión⁵².

Con lo que la noción final de *independencia judicial* dependerá en gran medida del conjunto de contextos normativos, institucionales, políticos y sociales en los cuales operan los juzgadores, así como en el ámbito competencial en el que se desempeñen⁵³. Esto es, no en todas las latitudes ni en todos los ámbitos debe ser estricta y necesariamente igual, a pesar de que se coincida en que en esencia es la capacidad antes descrita. Esto, porque la independencia judicial no es entendida como un fin en sí mismo, sino como un elemento necesario para el estímulo y mantenimiento de la legitimidad desde una perspectiva institucional⁵⁴.

Pero más aún, lo anterior es importante tenerlo presente en el análisis que aquí se hace, ya que la *independencia judicial* de jueces nacionales e internacionales, atendiendo a sus procesos de creación, competencias y ámbitos de actuación, no necesariamente debe ser siempre evaluada de igual forma⁵⁵, a pesar de tener elementos comunes que nos llevan a los aspectos básicos de la independencia: la capacidad y necesidad de ausencia de interferencias y presiones en la toma de decisiones. Lo cual no es un asunto menor a tenerse en cuenta, ya que “mientras que la independencia de los tribunales nacionales ha sido profusamente analizada por una amplia literatura, la independencia de los tribunales internacionales ha sido poco explorada. Sólo en la última década, con la proliferación de tribunales internacionales, diversos autores han

⁵⁰ Cfr. RUSELL y O'BRIEN (2001), p. 11.

⁵¹ BURBANK (2003), p. 323.

⁵² Cfr. TORRES (2013), p. 1.

⁵³ Cfr. RUSELL y O'BRIEN (2001), p. 307.

⁵⁴ Cfr. BÜHLMANN y KUNZ (2011), pp. 317-345.

⁵⁵ Cfr. MACKENZIE y SANDS (2003), pp. 271-285.

prestado cada vez una mayor atención a la independencia del poder judicial internacional”⁵⁶.

Pero en todo caso, sea respecto a tribunales nacionales o tribunales internacionales, la *independencia judicial* ha sido analizada de manera separada en cada uno de esos ámbitos. Pero casi nunca, al menos no hasta el momento en el que se escribe este artículo, a partir de las interrelaciones que hay o puede haber entre tribunales internacionales y tribunales nacionales como origen de esas posibles interferencias o presiones para la toma de decisiones.

La ausencia de esos estudios comunicantes entre jurisdicciones internacionales y nacionales⁵⁷, entiendo que ha sido así, porque no vemos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁸, la Corte de Justicia de la Comunidad Andina, el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur; ni a tribunales y paneles comerciales y de inversión o al Órgano de Apelación de la OMC, paneles arbitrales del TLC, como tampoco al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones; y mucho menos a la Corte Penal Internacional, tribunales penales internacionales *ad hoc*, Tribunal Internacional del Mar ni a la Corte Internacional de Justicia dando instrucciones a los tribunales nacionales para que observen y sigan una determinada interpretación, menos si el Estado al que pertenecen esos tribunales nacionales no fue parte en un caso concreto.

Se puede decir que eso es así, porque no son tribunales de derechos humanos y, por tanto, los tratados que les dan vida son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes⁵⁹. Aunque algunos de los enlistados sí tengan incidencia en la protección de dichos derechos, con lo que quedarían excluidos de esa justificación que autorizaría (parece afirman algunos desde ámbitos académicos) dar mandatos directos a los jueces nacionales.

Pero ni siquiera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos da mandatos directos al juez nacional, ya que con su doctrina del margen de apreciación,

⁵⁶ TORRES PÉREZ (2013), p. 2.

⁵⁷ Me centro en esa relación, al ser los dos objetos destinatarios de los análisis relacionados con la independencia judicial, pero también podría analizarse el supuesto de unos y otros en su relación con algún órgano político internacional o nacional, respectivamente.

⁵⁸ En Latinoamérica, muchos académicos han insistido en comparar a este Tribunal con la Corte Interamericana a pesar de que su naturaleza, competencia y origen son muy distintos. Esa equivocada visión les ha llevado a hacer afirmaciones erróneas. Por todos véanse: SAGUÉS (2012), p. 456; HITTERS (2015), p. 2.

⁵⁹ *Cf.*: Corte IDH, Serie A, N° 2, párr. 28.

otorga deferencia al criterio de los Estados (incluidos obviamente sus jueces) en la protección de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶⁰. Y si bien, esta doctrina no está exenta de críticas, para lo que aquí interesa (no interferencia y/o presión en la toma de decisiones) es especialmente relevante. Más, porque a pesar de que tengan “la función de proteger derechos humanos frente a posibles interferencias estatales, el ejercicio de su rol jurisdiccional no es posible sin una conciliación constante de elementos y valores que pueden estar en tensión. Estos tribunales requieren gran maestría para conjugar expectativas ciudadanas de protección de derechos, consideraciones democráticas en coyunturas sociales plurales y cambiantes y voluntades tanto individuales como conjuntas de los Estados”⁶¹. No es posible reconocer la labor de un tribunal por tomar decisiones que parezcan plausibles y de avanzada, cuando para lograr ello, pasa por encima de elementos, instituciones y valores en los cuales se sustenta su propio funcionamiento y razón de ser.

Así, sólo vemos a la CoIDH, como antes quedó establecido, dando mandatos a los jueces nacionales para que sigan sus interpretaciones, aun cuando éstas deriven de casos en los cuales el Estado al que pertenece un juez no haya sido parte. Con lo que al existir sólo ese claro ejemplo en el que la relación tribunal internacional-tribunales nacionales parece incidir en la necesidad de ausencia de interferencias o presiones para la toma de decisiones, es entendible que no existan estudios que se ocupen de la *independencia judicial* a partir de esa relación, menos frente al crecimiento y difusión irreflexiva del llamado *control de convencionalidad* que ha entendido como algo “natural” el mandato de la Corte Interamericana.

Ese ángulo de la *independencia judicial* es muy importante, a pesar de que ha sido pasado por alto (entre otras tantas cosas más) por la Corte Interamericana cuando ha construido sus mandatos extraconvencionales a partir de lo que suele considerarse como una creativa, innovadora e incluso audaz labor interpretativa.

Y esto es importante, porque si a nivel interno de los Estados al analizarse la *independencia judicial* se ha puesto en duda la existencia de ésta cuando un juez debe seguir las órdenes de los superiores jerárquicos, al romperse con ello la idea básica de que sea el juez quien decida qué norma y de qué modo debe aplicarse en cada caso, sin que se produzcan injerencias desde otras sedes, llegando inclu-

⁶⁰ Para una descripción y análisis general de la doctrina del margen de apreciación, véanse ARAI-TAKAHASHI (2002); BRAUCH (2005), pp. 114-121 y LEGG (2012).

⁶¹ IGLESIAS (2013), p. 1.

so a exigirse privar de relevancia jurídica a todo tipo de orden o requerimiento encaminado a imponer al juez un determinado criterio⁶², ¿por qué eso no sería relevante en una relación entre tribunales de dos jurisdicciones distintas?

Más aún, cuando se considera también que se aniquila sigilosamente la independencia con la, ni siquiera existente *de iure*, vinculación del precedente judicial de los tribunales menores a las sentencias de los tribunales superiores⁶³. Especialmente, porque bajo esta perspectiva la *independencia judicial* implica que el único criterio jurídicamente relevante sea el configurado por la norma jurídica⁶⁴ interpretada y aplicada de conformidad con las reglas de interpretación y aplicación contenidas en el propio sistema⁶⁵. Siendo relevante esto, ya que cómo se puede hablar de “aplicación”, cuando el “acto racional” de subsunción se manifiesta como una decisión ya tomada, que emana de “alguien” que no es el juez y no de las normas.

Con lo que esta manifestación de la “*independencia judicial* interna alude a la imposibilidad de que jueces y magistrados reciban influencias de otros jueces y magistrados (sean superiores jerárquicos o no)”⁶⁶, ya que en un correcto entendimiento de la independencia, nada justifica que la intromisión resulte más tolerable cuando procede de los propios jueces que en los demás casos⁶⁷.

A pesar de ello, no toda influencia de un juez en otro es considerada una violación de la *independencia judicial*⁶⁸. Así, la influencia de las cortes o tribunales superiores en sus inferiores jerárquicos no se puede considerar como una invasión de la *independencia judicial*, en tanto el propio sistema en el que se encuentren inmersos prevea en esas reglas de interpretación, aplicación y corrección, los ámbitos, alcances y supuestos en que el mandato del superior puede incidir en la decisión de los jueces inferiores⁶⁹. Es decir, que exista un mandato democrático y

⁶² Cfr. REQUEJO (1989), p. 164.

⁶³ Cfr. SIMON (1985), p. 31.

⁶⁴ Frente a esto, REQUEJO, citando a Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlín, 1928, pp. 155-156, nos advierte que “si el legislador puede adoptar la forma de Ley para dirigir mandatos al Juez, ésta deja de ser independiente. Sólo en tanto se mantenga el carácter general de la Ley son independientes los Jueces”.

⁶⁵ Cfr. REQUEJO (1989), p. 164.

⁶⁶ MARTÍNEZ (2004), p. 181.

⁶⁷ Cfr. DE OTTO (1989), p. 62.

⁶⁸ Cfr. RUSSELL y O'BRIEN (2001), p. 12.

⁶⁹ Cfr. FERRERES (2010), p. 78.

no autoasignado por un tribunal superior o evaluador de la actividad de otro para llevar a cabo ello. Especialmente esto en razón de que el juez debe estar vinculado a las decisiones básicas de carácter político-constitucional, es decir, a los valores fundamentales de la Constitución⁷⁰ y sistema normativo derivado de ésta.

Con lo que la *independencia judicial* en esos supuestos encuentra un claro límite en sus alcances o entendimiento absoluto en otros valores que también deben estar protegidos, como el derecho humano de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, la certeza jurídica, la previsibilidad y la igualdad en la aplicación del derecho. Sin embargo, esos límites no son ni pueden ser establecidos discrecionalmente por el órgano superior, sino que deben estar previstos dentro del sistema a fin de que no se incida o interfiera en una decisión más allá de lo que el órgano con legitimidad democrática haya previsto para tal fin⁷¹.

Así, por ejemplo, a las instancias superiores se les faculta para revisar específicas partes de la decisión, para emitir criterios uniformadores a partir del cumplimiento de ciertos requisitos e incluso la corrección o modificación de una decisión cuando se autoriza que el órgano superior desplace al inferior y se coloque en su competencia para tomar una nueva decisión, como uno de los grados máximos de incidencia en la *independencia judicial*. Pero todo, insisto, a partir de las reglas establecidas en el sistema, no como facultad discrecional de un tribunal que, por regla general, suele tener una menor legitimidad democrática para actuar en contra o modificado los valores fundamentales del ordenamiento jurídico dentro de un Estado.

Esto último nos muestra lo que se ha denominado como la *paradoja de la independencia judicial*. “Por un lado, la independencia de los jueces es vista como una exigencia democrática. Al mismo tiempo, los jueces no son un poder representativo y por lo tanto habría razones para restarles algunos poderes. Pero si se hace esto, bajo ciertas condiciones se corre el riesgo de afectar su independencia y con ello también a la democracia”⁷².

Pero, además, aunque exista esa autorización legal de incidencia, en todo caso, para asegurar la independencia, ésta debe estar siempre desvinculada de los medios

⁷⁰ Cfr. SIMON (1985), p. 84.

⁷¹ Como diría GARGARELLA (2013): “Asocio aquí la legitimidad (democrática) de una norma, simplemente, con el grado de inclusividad y debate público que haya rodeado a la misma, al momento de su dictado. Conforme con este criterio, una norma que es producto de una dictadura, típicamente, gozará del grado más bajo de legitimidad, debido a los niveles de exclusión social presentes en la redacción y discusión de la misma (cierre de instituciones democráticas, restricción a las libertades civiles y políticas fundamentales, etc.)”.

⁷² ERNST (2005), p. 242.

a partir de los cuales se evalúa el desempeño de un juez (que sería otra forma de incidir en la independencia judicial), ya que “sería un error querer medir la calidad del juez en base a las veces que se le haya podido revocar”⁷³. Toda amenaza directa o indirecta que se pudiera vincular con su estabilidad, ascenso, retribución o incluso permanencia, podría poner en duda la independencia, así lo prevea el sistema y no sólo sea una creación interpretativa.

Este elemento, de manera muy destacada ha sido recogido en los Principios y Directrices relativos al Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África, en los que se establece que “[l]os funcionarios judiciales [...] no serán destituidos del cargo o sometidos a otros procedimientos disciplinarios o administrativos únicamente debido a que su decisión fue revocada mediante una apelación o revisión de un órgano judicial superior”⁷⁴.

Ahora bien, si esto es así entre jueces que pertenecen a un mismo Estado, ¿debe ocurrir lo mismo entre jueces de ese Estado y los pertenecientes a órganos internacionales o supranacionales?, entre los cuales, como en el caso concreto del sistema interamericano, ni siquiera existe una relación jerárquica, ni de revisión de las decisiones nacionales, sino más bien subsidiaria.

En mi opinión, la respuesta es que sí y que, por tanto, habrá *independencia judicial* siempre y cuando los mandatos del órgano internacional subsidiario del nacional se ajusten a las reglas de interpretación y aplicación contenidas en el propio sistema que hace surgir la relación. En tanto que habrá una violación de la *independencia judicial* cuando esa interferencia exceda los márgenes que se prevean en el sistema del tratado para que un tribunal dé órdenes o pueda incidir en la manera de decidir de otro.

Pero, en todo caso, la respuesta no es una sola y general, sino que, en lo que en este trabajo interesa, habrá que analizarse al estudiar dicho supuesto de relación que puede generar una intromisión, las facultades, criterios interpretativos y de aplicación que prevé la Convención Americana sobre Derechos Humanos dentro del objeto y fin del tratado. Señalándose éste al ser el tratado base de funcionamiento del sistema interamericano. Sólo así se podrá establecer con precisión en qué casos se puede estar afectando la *independencia judicial* y en qué otros se respeta ello en el marco de ese sistema. Que es lo que haré en el siguiente apartado.

⁷³ *Ibidem*, p. 31.

⁷⁴ Principios y Directrices relativos al Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África (2003), Principio A, numeral 4, literal n (2).

Este ángulo de análisis de la *independencia judicial* es uno de los menos desarrollados en la doctrina, no por ello puede excluirse como un aspecto relevante de, si se quiere, la *independencia judicial* interna, personal y jurídica.

Pero, también, esa relación jerárquica o de revisión interna de juez/tribunal superior a juez/tribunal inferior no ha sido objeto de análisis ante los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. Con lo que, mucho menos, se ha cuestionado y puesto a debate la relación de éstos con los jueces nacionales.

Como una completa síntesis de los criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de *independencia judicial* se puede observar el contenido de su Informe *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas*⁷⁵, en el que establece que “la independencia se refleja en dos dimensiones, la primera, institucional o de sistema y, la segunda, funcional o del ejercicio individual de las y los operadores de justicia”⁷⁶.

Análisis que es muy similar al desarrollado por la Corte Interamericana, que también ha hecho referencia a la independencia con dos facetas, a las que llama *de jure* y *de facto*, indicando que “[se] requiere no sólo independencia jerárquica o institucional, sino también independencia real”⁷⁷.

Pese a la diferencia de denominación, su contenido en ambas instancias es prácticamente idéntico⁷⁸. Así, con el primero (institucional/*de jure*) se refieren al grado de independencia que debe guardar la institución respecto de otros poderes públicos como sistema, de tal manera que existan garantías suficientes que permitan que la institución o entidad de justicia no sea sometida a abusos o restricciones indebidas por parte de otros poderes o instituciones del Estado.

⁷⁵ CIDH (2013).

⁷⁶ *Ibidem*, p. 13.

⁷⁷ Corte IDH, Serie C, N° 166, párr. 122.

⁷⁸ Una diferencia importante de desarrollo que se debe destacar es que para la Corte interamericana, las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato. Por lo que, como derecho subjetivo, de acuerdo con la CoIDH, cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana. (Corte IDH, Serie C, N° 268, párr. 199).

En tanto que la segunda dimensión (funcional/*de facto*) se refiere, además de a los procedimientos y las cualificaciones para el nombramiento de los jueces, a las garantías en relación con su seguridad en el cargo hasta la edad de jubilación obligatoria o la expiración de su mandato, así como en las condiciones que rigen los ascensos, los traslados, la suspensión y la cesación en sus funciones y la independencia efectiva del Poder Judicial respecto de la injerencia política por los poderes Ejecutivo y Legislativo.

La Corte Interamericana, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como de conformidad con los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura⁷⁹, ha establecido de manera enfática que de la independencia judicial derivan las siguientes garantías⁸⁰: un adecuado proceso de nombramiento⁸¹, la inamovilidad en el cargo⁸² y la garantía contra presiones externas⁸³.

Con lo que, por lo antes expresado, resulta importante destacar que respecto a la garantía contra presiones externas, la Corte Interamericana, siguiendo los mencionados Principios Básicos, ha señalado⁸⁴ que los jueces resolverán los asuntos que conozcan “basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”⁸⁵. Asimismo, siguiendo también los referidos Principios, que “[n]o se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial”⁸⁶.

Esta descripción de gran amplitud al ser la literalidad de los Principios referidos, en mi opinión, debe permitirnos entender que incluye a la caracte-

⁷⁹ Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (1985).

⁸⁰ Corte IDH, Serie C, N° 268, párr. 188.

⁸¹ *Cfr.* Corte IDH, Serie C, N° 71, párr. 75, y Serie C, N° 227, párr. 98. Ver también Principio 10 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (1985).

⁸² *Cfr. idem*; ver también Principio 12 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (1985).

⁸³ *Cfr. idem*. Ver también Principios 2, 3 y 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (1985).

⁸⁴ Corte IDH, Serie C, N° 268, párr. 190.

⁸⁵ Principio 2 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (1985).

⁸⁶ Principio 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (1985).

rización que antes hice de uno de los ángulos desde los cuales se ha estudiado la *independencia judicial* y, por tanto, los elementos que ahí se describieron le podrían ser aplicables dentro de los mismos márgenes para determinar si se afecta o no ésta. De esa forma, esa ausencia de “presiones externas” se debe tener presente no sólo frente a otros órganos o poderes, sino también dentro del Poder Judicial, por lógica, al interior de los Estados, pero también en las relaciones de éstos con otros sistemas, tal y como antes lo establecí para el ámbito interamericano.

IV. LOS LÍMITES DE LAS ÓRDENES DE LA CORTE INTERAMERICANA A LOS JUECES NACIONALES COMO PARTE DEL LLAMADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL MARCO DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

La relación que hay entre jueces/tribunales nacionales y tribunales internacionales está determinada en esencia en cuanto a sus alcances, posibilidades, medios y mecanismos, por lo que establece el tratado que le da vida al tribunal internacional y la forma en la que el Estado al que pertenecen jueces nacionales le reconoce la competencia a dicho tribunal internacional, si no existe un reconocimiento incondicional con el simple hecho de ser parte del tratado. En ese sentido, no existe una sola respuesta para el tipo de relación que se puede dar, ya que habrá tantas como Estados sean parte a un tratado y las formas en las que se reconozca la competencia de un tribunal internacional.

Así, por ejemplo, en un caso que conozco bien, antes del 16 de diciembre de 1998, las relaciones que la Corte Interamericana podía tener con jueces mexicanos eran de tipo político, cultural o educativo, pero no jurisdiccional, ya que antes de esa fecha México no le había reconocido competencia alguna. Pero incluso, a partir de esa fecha, la CoIDH sólo puede tener relación jurídica con jueces mexicanos por hechos que ocurran con posterioridad a ella, nunca respecto a hechos que se hubiesen consumado antes de ese 16 de diciembre de 1998.

Este aspecto es sumamente importante, en términos del llamado *control de convencionalidad*, porque incluso cuando un Estado no le reconozca competencia a la Corte Interamericana, pero sea parte a la Convención Americana, sus jueces están obligados a cumplir y aplicar dicho tratado (y todos de los que sea parte). Esto es, que aplicar o no la CADH, no depende de si la CoIDH interviene, interpreta, aplica u ordena algo, sino de haber adquirido la obligación internacional, del deber de observar y cumplir con el objeto y fin de dicho tratado interamericano.

Bajo ese entendido, resulta importante conocer en términos de *independencia judicial* qué es lo que establece la Convención Americana sobre Derechos Hu-

manos y demás tratados interamericanos, respecto a las órdenes y relaciones que válidamente puede tener la CoIDH con jueces/tribunales nacionales. Siempre bajo el entendido de que lo que ahí se establece ha sido aprobado y aceptado por el órgano o poder del Estado legitimado para ello, no discrecionalmente por los jueces que, como se ha insistido, tienen por regla general una débil legitimidad democrática. Déficit de legitimidad democrática que tienen en mayor medida aún las instituciones internacionales⁸⁷.

De esa forma, lo primero que se puede decir es que de conformidad con la Convención Americana, todos los jueces y tribunales de los Estados Parte están obligados 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 (artículo 1.1 CADH), sin importar también que sean órganos de tipo federal, local o regional por la forma en la que esté constituido el Estado Parte respectivo (artículo 28 CADH).

Como componentes del Estado, en la parte que les corresponda y de acuerdo a los medios y mecanismos que cada Estado establezca, la Corte Interamericana puede dirigirse a jueces/tribunales nacionales mandatos para que:

- a) Garanticen al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados. Pudiendo disponer asimismo, si ello fuera procedente, que 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 (artículo 63.3 CADH);
- b) Tomen las medidas provisionales que aquélla considere pertinentes, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, en los asuntos que respecto al país esté conociendo en tribunal interamericano (artículo 63.2 CADH), y
- c) Cumplan las decisiones de la Corte en todo caso en que sea parte el Estado al cual pertenecen (artículo 68.1 CADH).

Por su parte, por los medios que el propio Estado establezca para ese fin, los jueces nacionales pueden dirigirse a la Corte Interamericana para:

- a) Consultarle acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos⁸⁸.

⁸⁷ VON BOGDANDY y VENZKE (2012), pp. 7-41; GIBSON y CALDEIRA (1995), pp. 356-376.

⁸⁸ Esta posibilidad prevista en la Convención Americana no ha sido explorada hasta ahora, pero no significa que esté prohibida o limitada para los jueces nacionales. Así, por ejemplo, insistiendo en el caso

b) Solicitarle la interpretación de la sentencia en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo⁸⁹.

c) Recurrir a los autos o resoluciones que no sean de mero trámite, dictados por el Presidente o las comisiones de la Corte (artículo 25.2 Estatuto CoIDH).

Como se observa, los ámbitos en los cuales existe relación, se pueden emitir órdenes e incidir por parte de la Corte Interamericana en las funciones de jueces y tribunales nacionales son pocos y claros, de conformidad con el contenido de la Convención Americana.

En los demás tratados interamericanos nada se dispone en relación a este punto, aunque sí establecen algunas limitaciones a la competencia⁹⁰ de la Corte Interamericana y, por tanto, en esos tratados su aplicación e interpretación recae en gran medida en jueces y tribunales nacionales, que siempre estarán obligados a cumplir con el objeto y fin de esos tratados en los que el Estado al cual pertenecen sea parte.

Ahora bien, de lo anterior, es claro que el ámbito de incidencia de la Corte Interamericana en jueces/tribunales nacionales está acotado, ya que no es superior jerárquico de éstos, ni una instancia de revisión de sus decisiones.

Como bien lo ha expresado la CoIDH, en todo caso, “[e]l esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos”⁹¹, para establecer su compatibilidad con la Convención Americana. “A la luz de lo anterior, se deben

que conozco en detalle, cualquier juez o tribunal mexicano podrían remitirle a la Secretaría de Relaciones Exteriores (artículo 28.1 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal) su consulta, para que ésta por medio de su Consultoría Jurídica, de su Dirección General de Organismos y Mecanismos Regionales Americanos y de su Dirección General de Derechos Humanos y Democracia (artículos 13, fracción IV; 26 fracciones I y IV; y 29, fracciones V y XI del Reglamento Interior de la SRE) la presente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ejercicio que, en mi opinión, no se lleva a cabo, por una parte, por desconocimiento y, por otra parte, porque fácilmente se le podrían establecer cargas de carácter político ajenas a un procedimiento jurisdiccional. En todo caso, para explorar esta opción, se deberá tener muy presente lo establecido por la Corte Interamericana en el párrafo 28 de la OC-3/83 y párrafo 27 de la OC-14/94.

⁸⁹ Ejercicio que deberá llevarse a cabo de manera similar al antes descrito.

⁹⁰ Véanse, por ejemplo, los artículos 19.6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador”; 11 y 12 de la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Pará”, o VI de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

⁹¹ Cf.: Corte IDH, Serie C, N° 119, párr. 133; Serie C, N° 107, párr. 146, y Serie C, N° 101, párr. 200.

considerar los procedimientos internos como un todo, incluyendo las decisiones de los tribunales de apelación. La función del tribunal internacional es determinar si la integralidad del procedimiento, inclusive la incorporación de prueba, se ajustó a la Convención⁹². Lo que no significa corregir o revisar una decisión, sino determinar si esa toma de decisión es ajustada o compatible con la obligación internacional que el juez nacional debe observar.

“La Corte [Interamericana] no desempeña funciones de tribunal de ‘cuarta instancia’⁹³. Ello implica que la Corte no es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos”⁹⁴.

Esto quiere decir que la Corte Interamericana antes que estudiar qué está mal de una decisión, su competencia la obliga y limita a señalar más bien por qué una determinada decisión no se ajusta a la Convención y demás tratados que la facultan a hacer ese examen. Con lo que, si en un caso concreto que es sometido a su jurisdicción, como ella bien lo dice: puede examinar los procesos internos para determinar su compatibilidad con la CADH; ¿qué la faculta a dar mandatos de interpretación a los jueces nacionales? ¿En dónde sí y en dónde no puede establecer la forma en la cual se debe interpretar la Convención Americana?

La respuesta a estas preguntas parece sencilla si atendemos a la enumeración de atribuciones antes hecha. Por lo que será en aquellos casos sometidos a su jurisdicción en los que se determine la responsabilidad internacional de un Estado, preferiblemente, como resultado de las actuaciones de sus órganos judiciales y, por obvias razones, sólo en aquellos casos en que el Estado sea parte. Ni de la CADH ni de sus trabajos preparatorios se desprende la posibilidad de cualquier otra intervención de la CoIDH en la toma de decisión de jueces nacionales.

Para dar más claridad a este análisis, a continuación estableceré cuándo en el llamado *control de convencionalidad* se respeta en atención a lo anterior la *independencia judicial* y cuándo se invade por el tribunal interamericano.

⁹² Cfr. Corte IDH, Serie C, N° 119; Serie C, N° 99, párr. 120; Serie C, N° 70, párr. 189; Serie C, N° 170, párr. 22.

⁹³ En el Preámbulo de la Convención Americana se sostiene que la protección internacional es “de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Véase también, Corte IDH, Serie A, N° 2, párr. 31; Serie C, N° 247, párr. 16.

⁹⁴ Corte IDH, Serie C, N° 265, párr. 140.

Para ello, seguiré lo establecido por la Corte Interamericana en relación a que es posible observar dos manifestaciones distintas de su llamado *control de convencionalidad*, dependiendo de si la sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. La primera manifestación, según la CoIDH, se da cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana. La segunda manifestación se da, de acuerdo con la CoIDH, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, pero es parte en la Convención Americana⁹⁵.

Lo anterior es lo único que ha establecido la Corte Interamericana respecto a las manifestaciones del falso *control de convencionalidad*. Las supuestas manifestaciones difusas, internas, por intensidades y demás, son resultado de la creatividad académica no muy bien formada en cuestiones de Derecho Internacional, parcial por la selectiva forma de acercarse a los precedentes jurisprudenciales y con fines protagónicos (y hasta comerciales), antes que clarificadores. Ya que, incluso, la propia CoIDH ha establecido que lo que ella llama *control de convencionalidad* es en realidad una obligación inicial de los Estados y sólo, en caso de que éstos no cumplan con aquélla, la Corte Interamericana ejerce un control complementario de *convencionalidad*⁹⁶. Argumento que parece congruente si se atiende a las dos manifestaciones antes señaladas, muy a pesar de que en la primera, no entiendo cómo podría ocurrir esto último. Por lo que esta incongruencia lógica muestra más bien, una vez más, que lo que pide la CoIDH, en estricto sentido, no es ni puede ser calificado como *control de convencionalidad*. Pero eso, ya lo he establecido con más profundidad en mis artículos previos, por lo que remito a quien lee estas líneas a ellos y aquí me mantengo en el fin que nos ocupa.

Así las cosas, estudiaré la *independencia judicial* en las dos manifestaciones del llamado *control de convencionalidad* establecidas por la Corte Interamericana.

a) *Procedimiento en el que se es parte*

Esto que la CoIDH ha denominado como *control de convencionalidad* es, como antes se indicó, el cumplimiento de lo establecido en los artículos 1.1, 2, 62, 63 y

⁹⁵ Corte IDH, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párrs. 67 a 69.

⁹⁶ *Cf.*: Corte IDH, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párrs. 70-72 y 87.

68 de la Convención Americana. Es decir, ninguna novedad para cualquier persona que haya leído el tratado antes de la introducción del término convencionalidad en la jurisprudencia interamericana. Incluso, el cumplir con esas obligaciones es el resultado del único y auténtico *control de convencionalidad* que está a cargo de la Corte Interamericana⁹⁷ (última instancia) y CIDH, en el sistema interamericano.

En todo caso, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta tarea, de conformidad con la jurisprudencia de la CoIDH, “los jueces 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”.

En este ejercicio, sin duda alguna, no existe una afectación a la *independencia judicial* si atendemos a los criterios que se establecieron en el apartado III de este artículo. En primer lugar, porque los órganos legitimados para celebrar y aprobar obligaciones internacionales, las han adquirido en esos términos y han autorizado que la decisión de un juez nacional sea examinada⁹⁸ a fin de determinar si ésta se ajusta con lo establecido en la Convención Americana y demás tratados que le den competencia a la Corte Interamericana.

En segundo lugar, porque no hay una intervención en la toma de decisión del juez nacional, ya que éste ya lo hizo de manera independiente como órgano primariamente obligado y, de manera subsidiaria, al haberse considerado que su decisión no se ajustaba a los mandatos convencionales interamericanos, seguido un procedimiento en el que no podemos olvidar también interviene la CIDH, como consecuencia de la responsabilidad internacional y en forma de reparación, la CoIDH le da instrucciones a fin de que ajuste su decisión actual y, en algunos casos también futura de situaciones iguales, a los contenidos de la Convención Americana y demás tratados.

Con lo que, el mandato al juez nacional de aplicar el tratado y la interpretación de la Corte Interamericana, en este supuesto, se ajusta a lo previsto en las reglas de interpretación, aplicación y corrección, los ámbitos, alcances y supuestos en que el mandato del tribunal internacional puede incidir en la decisión de los jueces nacionales.

⁹⁷ Cfr. FIX-ZAMUDIO (2014), *supra* nota 30.

⁹⁸ No se debe olvidar que es examinada no como sentencia o en ejercicio de una facultad de revisión, sino como un hecho internacional respecto al cual se determina su licitud o ilicitud por ajustarse o no a las obligaciones internacionalmente adquiridas por el Estado.

Incluso, en el supuesto en el que la CoIDH tomara una decisión errónea, porque no es un tribunal infalible, su decisión se debe cumplir por jueces nacionales, ya que el fallo de la Corte es definitivo e inapelable (artículo 67 CADH). Con todos los riesgos que esto pudiera representar si se atiende a la legitimidad democrática del tribunal interamericano, es así, bajo el entendido de que quien le ha dado ese carácter a sus decisiones y funciones a la Corte han sido los Estados por medio de sus órganos con legitimidad democrática suficiente para adquirir e imponer obligaciones internacionales a esos mismos Estados. Esto es, los Estados han asumido de manera previa ese riesgo y han considerado que en esas circunstancias la decisión de la CoIDH simplemente se debe cumplir. Los Estados que no admiten eso, tienen dos opciones: no ser parte del tratado y/o no reconocer la competencia de la Corte Interamericana.

Aunque ante un fallo con el que se esté en desacuerdo sobre su sentido o alcance tampoco está todo perdido, ya que el Estado que así lo considere (y haya sido parte) tiene la opción disponible de solicitarle a la CoIDH que interprete su fallo⁹⁹. Pero eso, no cambia la naturaleza definitiva e inapelable de éste. No cambia la obligación que tienen los jueces nacionales de cumplir con la sentencia, a pesar de que en algunos casos eso no ha sido una cuestión sencilla¹⁰⁰. Pero en todo caso muestra que, los órganos legitimados para celebrar el tratado y generar obligaciones para sus respectivos Estados, de manera clara establecieron los alcances y límites que tiene la actuación de la Corte Interamericana y hasta dónde, cómo y cuándo han asumido la legitimidad de ésta para intervenir en las jurisdicciones nacionales.

Pero además, en estos supuestos, tiene especial relevancia la actuación de los jueces nacionales, ya que además de todo lo anterior, cumplen con “un importante rol en el cumplimiento o implementación de la Sentencia de la Corte Interamericana, [ya que el] órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de [la] Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso”¹⁰¹, en congruencia con todo lo antes establecido.

⁹⁹ Esto sin olvidar que el artículo 25.2 del Estatuto de la CoIDH establece que: “Los autos o resoluciones que no sean de mero trámite, dictadas por el Presidente o las comisiones de la Corte, serán siempre recurribles ante la Corte en pleno”.

¹⁰⁰ Un claro ejemplo que reúne los problemas de legitimidad democrática, las deficiencias argumentativas de la CoIDH y la inevitable obligación de cumplir con su sentencia, se puede leer en: GARGARELLA (2013).

¹⁰¹ Corte IDH, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 21 de agosto de 2014, párr. 16.

De esa forma, en este supuesto, no se puede hablar de una interferencia en la *independencia judicial* de jueces y tribunales nacionales por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

*b) Cumplimiento de obligaciones convencionales
no derivadas de sentencia de un caso en el que se es parte*

Según la Corte Interamericana, en situaciones y casos en que el Estado concurrido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser parte en la Convención Americana, los jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un *control de convencionalidad* tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana¹⁰².

Cumplir con el tratado no tiene ningún problema, ya que como he insistido, desde que se es parte de la Convención (aun sin reconocer la competencia de la CoIDH) los jueces debe cumplir con ello. Pero ¿cuál es el fundamento jurídico para obligar a los jueces de Estados que no han sido parte en un caso a aplicar y seguir sus interpretaciones? ¿Ese mandato es compatible con la *independencia judicial*?

La Corte Interamericana y algunos de sus jueces en representación de ésta o en actividades de tipo académico, han insistido en difundir que el simple hecho de ser parte de la Convención Americana genera la obligación de observar toda la jurisprudencia de la CoIDH, especialmente para poder cumplir con el llamado *control de convencionalidad*. Pero también desde ámbitos académicos se ha afirmando incluso que el *control de convencionalidad* “no es acoger optativamente un ‘parámetro’, sino que es desarrollar una actividad obligatoria”¹⁰³, que “el control de convencionalidad trae nuevamente una obligación categórica, generando un retorno a un positivismo que [se podría] llamar ‘positivismo convencional’”¹⁰⁴.

¹⁰² Cfr. Corte IDH, Corte IDH, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 69.

¹⁰³ QUINCHE (2014), p. 168.

¹⁰⁴ BREGAGLIO (2014), p. 31.

Sin embargo, no establecen fundamento jurídico alguno de sus afirmaciones¹⁰⁵. Lo más que argumentan es que “la ‘fuerza normativa’ de la CADH alcanza a la interpretación que de la misma reali[za] la Corte IDH, como único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos e intérprete ‘último’ y ‘definitivo’ de dicho Pacto”¹⁰⁶. Llegando incluso a señalar¹⁰⁷, también sin sustento jurídico alguno (más allá de la *buena fe* con la cual se deben cumplir las obligaciones internacionales¹⁰⁸), que la norma convencional interpretada (*res intrepreatata*) tiene efectos *erga omnes*.

Lo cual, con excepción de lo *erga omnes*, es cierto en los casos que un Estado es parte, porque así lo establece la CADH. Pero carece de veracidad respecto a las interpretaciones en las que un Estado no ha sido parte en un litigio¹⁰⁹, ya que olvida los principios y valores en que se sustenta y origina la CADH.

Además de que, por una parte, eso no se establece en ninguna parte de la Convención Americana y la propia CoIDH ha negado la obligatoriedad de toda su jurisprudencia¹¹⁰ y, por otra parte, porque buenos deseos todos tenemos, pero

¹⁰⁵ Véase, entre otros y por todos al ser el más citado: FERRER (2011), pp. 584-586.

¹⁰⁶ FERRER (2011), p. 586.

¹⁰⁷ Voto del juez Ferrer Mac-Gregor en Corte IDH, Supervisión, Resolución de 20 de marzo de 2013, párrs. 42 y 43; que en esencia repite tres años después en: Voto del juez Ferrer Mac-Gregor en Corte IDH, Serie C, N° 311, párr. 40.

¹⁰⁸ El citado juez interamericano en su referido voto (párrs. 44, 47, 48, 54 y 55), que también es con algunos ajustes un artículo académico, da como fundamento de la *eficacia interpretativa erga omnes* los artículos 1.1 y 2 de la CADH. Sin embargo, esos sirven para sustentar la obligatoriedad de la jurisprudencia en la que se es parte y de las obligaciones derivadas del tratado, no de la demás, ni pueden servir para imponer nuevas obligaciones extraconvencionales a los Estados. Pretender incluir en esas dos obligaciones generales la referida eficacia, mostraría lo inútil o innecesario que es el contenido de, al menos, los artículos 31, 62, 67 y 68 de la CADH. Además, pone en evidencia que se piensa en la CoIDH como órgano nacional y no como un tribunal internacional con todas las implicaciones que ello tiene a pesar de que sea de derechos humanos, máxime cuando ni siquiera a nivel interno de los Estados Americanos encontramos muchos ejemplos de eficacia *erga omnes* de la jurisprudencia nacional. Además de que, si se lee con detenimiento ese voto y razonamientos utilizados, todo lleva a encontrar sustento sólo para la jurisprudencia en la cual el Estado es parte y con base en eso, sin más, se extiende a toda interpretación como por arte de magia (a través de retórica, falacias y argumentos de autoridad) y se genera la idea de la eficacia *erga omnes* a partir de un argumento circular-autorreferente.

¹⁰⁹ HITTERS (2013), pp. 329, seguía la misma idea antes descrita. Más recientemente (2015), pp. 151, 152; ha moderado su posición para decir que se trata de una “vinculación ‘relativa’ –*erga omnes*–” y por fin ha admitido expresamente que (p. 155): “no surge del Pacto de San José, ni de la doctrina legal de la Corte Interamericana que posean efecto expansivo *erga omnes* para todos los demás Estados que resultaron ajenos a determinado pleito”.

¹¹⁰ Véase en ese sentido: Votos del juez Vio Grossi en Corte IDH, Serie C, Núms. 292, 297, 299 y 301. Juez que bien vale la pena destacar es experto en Derecho Internacional, no como en otros casos ocurre que

estos no deben olvidar que en el mundo jurídico si se quiere construir un efectivo, sólido y serio sistema de protección, los equilibrios son importantes y por simple certeza jurídica y legalidad, ningún órgano de ninguna naturaleza debe actuar más allá de las facultades que expresamente se le otorgan. Pues como la propia Corte Interamericana lo ha establecido, aunque a veces parece que lo olvidan algunos de sus integrantes: “la tolerancia de ‘infracciones manifiestas a las reglas procedimentales establecidas en la propia Convención, acarrearía la pérdida de la autoridad y credibilidad indispensables en los órganos encargados de administrar el sistema de protección de derechos humanos”¹¹¹.

Si lo anterior no fuera poco, los autores y sus seguidores que afirman la obligatoriedad de toda la jurisprudencia, por lo visto, tampoco se han detenido a estudiar y tratar de entender los sistemas judiciales más antiguos que funcionan por medio de precedentes. Pues de hacerlo, se darían cuenta que ni siquiera en esos sistemas todos los precedentes de los órganos superiores son vinculantes para los órganos inferiores, al mantenerse un margen para que se sigan las interpretaciones o se puedan apartar de ellas como parte de la responsabilidad que tienen a su cargo todos y cada uno de los integrantes del sistema¹¹².

El único sustento jurídico (y no retórico) que se ha intentado dar a la afirmación de que toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana es obligatoria¹¹³, es que, de conformidad con el artículo 69 de la CADH, “[e]l fallo de la Corte [es] notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención”. Con lo que, de una puesta en conocimiento de una sentencia que ordena llevar a cabo a la CoIDH la CADH, pretenden derivar una obligación internacional, argumentando que “la intención” es que conozcan el fallo¹¹⁴ y, por tanto, queden vinculados al contenido de ese.

Sin embargo, ese fundamento es erróneo, ya que con total descuido o de manera mal intencionada, olvida u omite que el ser parte en la CADH no implica *per se* reconocer la competencia de la Corte Interamericana, sino que se requiere una declaración posterior a la ratificación o adhesión que se hace de la CADH.

lo son o han sido en Criminología, Derecho Penal, Derecho Procesal Constitucional, Derecho Constitucional o Derecho Administrativo y cuyo primer acercamiento tanto con la jurisprudencia interamericana como con el Derecho Internacional se da al llegar a la CoIDH.

¹¹¹ Corte IDH, Serie C, N° 244, párr. 43.

¹¹² Véase en ese sentido: HANSFORD y SPRIGGS II (2006), pp. 110-111.

¹¹³ NOGUEIRA (2013), p. 246.

¹¹⁴ OVALLE (2012), p. 602.

Con lo cual, por una parte, con este falso sustento jurídico se estaría vinculando a Estados que no reconocen la competencia de la CoIDH a seguir sus interpretaciones, en total contravención del Derecho Internacional y pasando por alto el artículo 62 de la propia Convención Americana.

Además de que, por otra parte, si esa hubiese sido la intención, la transmisión del fallo se hubiese dirigido sólo a los Estados que hubiesen reconocido la competencia de la CoIDH para dar congruencia a la CADH y al sistema que creó. Pero más aún, quienes afirman lo anterior como fundamento jurídico de una supuesta obligatoriedad de toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana, tal parece que olvidan o no han revisado los *trabajos preparatorios* de la CADH, en donde se observa que: el actual artículo 69 corresponde a lo que en el proyecto original era el artículo 57 y en el cual, la transmisión del fallo se hacía al Consejo de la Organización de Estados Americanos¹¹⁵. Artículo que inicialmente sólo fue modificado para incorporarle “Permanente” después de Consejo¹¹⁶ y, posteriormente, se modificó para incluir a los Estados Parte en lugar del Consejo Permanente, para evitar que la Corte lo *transmitiera* al Consejo Permanente para después éste *transmitirlo* a los Estados, con lo que se ahorra un paso¹¹⁷.

De esa forma, en el proyecto previo a la aprobación de la Convención¹¹⁸, el actual artículo 69 pasó a ser el artículo 70 y en él se ponía claro énfasis en que el fallo se *notificaba* a las partes, con el sentido y alcance que tiene ese término. Mientras que se *transmitía* a los Estados Parte en la Convención como cortesía de información en un sistema derivado de un tratado multilateral. Con lo que una correcta interpretación de la CADH, sustentada en donde se debe sustentar cuando la literalidad es insuficiente, pone en evidencia lo erróneo que es pretender dar efectos generales a la jurisprudencia a partir de un artículo de la Convención Americana que fue pensado y aprobado con otro fin. Pero a quienes gustan de hacer afirmaciones sin proporcionar fundamento, es claro que acudir a los trabajos preparatorios de la Convención Americana no les ha parecido relevante¹¹⁹.

¹¹⁵ Trabajos preparatorios, p. 32.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 86.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 378.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 393.

¹¹⁹ Situación que es especialmente grave entre quienes han sido y son integrantes de la CoIDH, ya que deberían saber que como lo establece la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (artículo 32), los trabajos preparatorios son un medio de interpretación complementario para confirmar el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de un tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta

Por lo que es claro que en la CADH no existe nada que reconozca fuerza jurídica vinculante a toda la jurisprudencia de la CoIDH, como tampoco nada que faculte a ésta a imponer una interpretación de la CADH a los jueces nacionales cuando el Estado al que pertenecen no ha sido parte en un caso.

“Y más aún, es muy común encontrar textos y análisis académicos que se refieren a la jurisprudencia interamericana o de manera más específica a la jurisprudencia de la Corte Interamericana como si ésta tuviera una sola representación¹²⁰, esto es, como si todos los actos que emite la CoIDH en el ejercicio de su competencia contenciosa o consultiva fueran de un solo tipo, con una misma identidad e incluso como si tuvieran la misma fuerza jurídica reconocida”¹²¹.

“La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es de un solo tipo, es un género que contiene 8 especies. Por tanto, su fuerza jurídica no es una sola, sino que cada especie tiene particularidades específicas. La fuerza jurídica de todo lo que incluye el término *jurisprudencia interamericana* no es una cuestión de creencias, deseos y aspiraciones, ésta está determinada por los tratados que las establecen y las interpretaciones que de ellos se hace, esto es, está determinada por las obligaciones internacionales que han adquirido los Estados”¹²².

Con lo que si se desarrolla de manera pormenorizada ese análisis¹²³, llegamos a la conclusión de que, de conformidad con la Convención Americana y algunas interpretaciones de la CoIDH¹²⁴ en las que abiertamente establece la fuerza jurídica de su jurisprudencia, no de forma encubierta como lo hace con el llamado *control de convencionalidad* en donde nunca ha debatido eso sino simplemente dado un mandato, nos damos cuenta que sólo la jurisprudencia derivada de casos en los que se es parte, obliga a los Estados. Salvo que, a nivel nacional, un órgano legitimado y competente para ello, haya reconocido la fuerza jurídica obligatoria de toda la jurisprudencia e interpretaciones que deriven de la Corte Interamericana.

su objeto y fin, así como la buena fe con que deben ser interpretados, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada: a) deje ambiguo u oscuro el sentido, o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

¹²⁰ Véase, por ejemplo: GARCÍA-SAYÁN, FRANCO, ABREU BLONDET, CABALLERO JUÁREZ, RODRÍGUEZ MORELIÓN, todos en GARCÍA RAMÍREZ y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (2009).

¹²¹ CASTILLA (2013), p. 132.

¹²² *Ibidem*, p. 151.

¹²³ Para ese fin se recomienda el artículo citado en las dos notas anteriores.

¹²⁴ Corte IDH, Serie A, N° 3, párr. 32.

Con lo que resulta evidente que la orden, que incluso ha llamado la CoIDH obligación, de seguir sus interpretaciones cuando un Estado no ha sido parte, al no estar prevista en la Convención Americana es una intromisión en la *independencia judicial* de los jueces y tribunales nacionales.

Para dar más claridad a esta conclusión, estableceré cuatro aspectos interrelacionados que sirven para demostrar de mejor forma ello, intentando fortalecer la idea de que el sistema debe funcionar siempre bajo la lógica en la que ha sido creado y respetando el conjunto de valores involucrados, es decir, no sacrificar o eliminar unos bajo la afirmación poco sustentada de que se están protegiendo otros.

i. La subsidiariedad o complementariedad como base de la relación

Cuando la CoIDH ordena que se sigan sus interpretaciones, se haya sido o no parte en un caso, parece olvidar que su función es subsidiaria o complementaria de los sistemas nacionales. Digo que parece olvidarlo, porque cuando ha hablado del *control de convencionalidad* ha dicho expresamente que “la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad (también llamado ‘de subsidiariedad’) informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”¹²⁵.

En ese sentido y bajo la mirada de la *independencia judicial* ¿qué justifica o sustenta que el órgano subsidiario le diga por adelantado al juez primeramente obligado cómo debe tomar una decisión respecto a derechos que, en muchos casos, no han sido analizados por el juez nacional? ¿Por qué la CoIDH le niega la oportunidad al juez nacional de pronunciarse antes de que llegue a la jurisdicción internacional el caso? Lo correcto, si se cree en el sistema interamericano y en la *independencia judicial*, es darle primero la oportunidad al juez nacional que tome su decisión sin intervención ni lineamientos preestablecidos, sabedor de que si lo hace sin observar las obligaciones internacionalmente adquiridas, podría generar responsabilidad internacional. Pero, en todo caso, debe tener esa oportunidad y responsabilidad en el ejercicio de sus funciones y facultades.

Entiendo que lo que en el fondo busca la CoIDH es que llegue el menor número de casos a su jurisdicción y, por tanto, para prevenir eso, ordene que se sigan

¹²⁵ Corte IDH, Corte IDH, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 70.

sus interpretaciones si es que no se quiere incurrir en responsabilidad internacional. Sin embargo, no es por medio de un mandato sin fundamento convencional como ello se debe impulsar, no es poniendo al mismo nivel la obligación de cumplir y aplicar la CADH que sus interpretaciones como se debe construir un sistema que quiera avanzar progresivamente en la protección de los derechos humanos. Y más aún, no es irrumpiendo en la *independencia judicial* la mejor forma que existe para pretender estimular la observancia del sistema normativo de origen internacional.

La CoIDH como parte de un sistema subsidiario, en respeto de la *independencia judicial*, debe establecer de manera clara la diferencia entre las dos formas en que se debe cumplir con la CADH, sin imponer sus interpretaciones en donde no se le faculta para ello.

Es indudable que sus interpretaciones son muy importantes y establecen el alcance más autorizado de los contenidos de los tratados interamericanos, pero el juez nacional puede acudir a ellas o no para tomar su decisión, dentro de su *independencia judicial*, pues es éste el que primero debe dar solución al caso que se le presente y debe hacerlo ateniéndose a los hechos que se le presenten, en el marco del sistema normativo en el que se encuentre, en donde uno de sus elementos es la Convención Americana. Obviamente, acudir a las interpretaciones le dará importantes herramientas para tomar su decisión, pero en este caso y en el sistema interamericano no es una obligación, sino el ejercicio en responsabilidad de la *independencia judicial* de jueces y tribunales nacionales.

ii. La Corte Interamericana se equivoca (no poco) y cambia de opinión

Este no es el espacio para exhibir el conjunto de errores e inconsistencias que he encontrado en la jurisprudencia interamericana, a pesar de que son pocas sus sentencias, pero que, por ello, si se profundiza en un tema se pueden encontrar muchos. Para que no sea una afirmación sin sustento, pido se recuerde a manera de ejemplo lo establecido en el apartado II de este artículo o bien los estudios previos que he desarrollado sobre el llamado *control de convencionalidad* en donde los errores, por llamarlos de forma amable, han sido constantes. Porque la CoIDH se equivoca¹²⁶, y aunque puede ir de situaciones tan simples como sustentar sus argumentos en el párrafo 222 de una sentencia que solo tiene 20 párrafos¹²⁷, hasta otros más complejos como el que presumiblemente ocurrió en

¹²⁶ BREGAGLIO (2014), p. 30.

¹²⁷ Véase, aunque no es la única de ese tipo: Corte IDH, Serie C, N° 170, párr. 22, nota al pie 12.

el caso *Masacre de Mapiripan*¹²⁸, respecto a la inclusión y exclusión de víctimas a partir de los elementos probatorios presentados por las partes. Pero sea en uno u otro sentido, es evidente que se equivoca más veces de las que creen sus irreflexivos comentaristas jurisprudenciales y quienes la adulan para ser invitados a los foros que organiza.

Pero, también, la Corte Interamericana cambia de criterio. Uno de los más recientes ejemplos de esto, pero no el único a lo largo de la historia jurisprudencial de la CoIDH, está relacionado con la libertad de expresión, cuando en el caso *Mémoli*¹²⁹ consideró que una condena penal por delito de injurias y calumnias no afecta la libertad de expresión protegida en el artículo 13 de la CADH, a pesar de que en todos los casos resueltos por el Tribunal interamericano hasta el caso *Mémoli*, la condena penal por delitos de injurias y calumnias había sido considerada una violación a la libertad de expresión.

Sin olvidar al lado de estas dos realidades, que la CoIDH también ha creado derechos no previstos en la Convención Americana, ni otros tratados interamericanos, en ejercicio de una muy dudosa competencia *ratione materiae* que además ha sido construida en general con una muy débil argumentación¹³⁰.

Ante esas situaciones, si se es parte y se está en desacuerdo con el sentido o alcance del fallo del cual deriva una interpretación errónea, el cambio de criterio o la creación interpretativa de un nuevo derecho, el Estado siempre podrá pedir una interpretación de la sentencia dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo. Con lo cual, el juez nacional tendría la oportunidad de argumentar lo necesario a fin de que no se le imponga una interpretación desafortunada de la Convención Americana.

Pero bajo esa lógica ¿por qué quien no es parte y, por tanto, no puede pedir esa interpretación de sentencia, debe asumir como obligatorio un criterio interpretativo erróneo? O bien, ¿cómo puede saber un juez nacional cuál es el criterio interpretativo a aplicar cuando se ha dado una variación sustancial relevante si la CoIDH no advierte de manera expresa eso? ¿Qué justifica la interferencia en la *independencia judicial* de los jueces y tribunales nacionales a partir de erróneas o cambiantes interpretaciones frente a las cuales no han po-

¹²⁸ Para un análisis breve del tema véase: CARRILLO (2011).

¹²⁹ Corte IDH, Serie C N° 265.

¹³⁰ Véase un análisis más amplio en relación a esto en: CANDIA (2015), pp. 873-902. Sobre los estándares poco argumentados: BREGAGLIO (2014), p. 27.

dido, primero, intentar resolver y, segundo, inconformarse ante su inexactitud o falta de congruencia interna?

Cuando se es parte, insisto, aunque se esté en desacuerdo, finalmente se debe cumplir porque así se prevé en la Convención Americana. Pero cuando no se es parte, no tiene porque hacerse ello, ante situaciones como las antes descritas cuando la Convención Americana no las prevé ni las sugiere, y cuando el mandato es una clara interferencia en la toma de decisión de los jueces y tribunales nacionales, es decir, en la *independencia judicial*.

No obstante ello, todo parece indicar que “a la luz del control de convencionalidad, se estaría pidiendo al operador nacional no cuestionar ni dudar de [la jurisprudencia interamericana y sus interpretaciones], sino aplicarlos directamente”¹³¹; sin ser un órgano jerárquicamente superior a éstos, ni estar previsto ello en la CADH, ya que como ha quedado establecido, cuando se es parte, sí se puede dudar de ello y pedir aclaración, porque no son perfectos.

iii. Siempre es posible una mejor interpretación más allá de la CADH y lo que dice la CoIDH

Si un juez o tribunal nacional debe necesariamente seguir las interpretaciones de la Corte Interamericana para poder aplicar ese y otros tratados interamericanos, además de una indebida interferencia en la *independencia judicial*, es una limitada forma de entender el sistema interamericano si lo que se busca es una efectiva y amplia protección de los derechos humanos.

Ello es así, porque, por ejemplo, la Corte Interamericana tiene una competencia limitada para interpretar el “Protocolo de San Salvador”, en tanto que los jueces y tribunales nacionales tienen plena competencia para aplicarlo e interpretarlo. En ese sentido, respecto al derecho al trabajo, derecho a la salud, derecho a la seguridad social, derecho a un medio ambiente sano, derecho a la alimentación o derecho a los beneficios de la cultura; un juez o tribunal nacional siempre podrán hacer una más amplia y mejor interpretación de los contenidos de la Convención Americana, sin necesidad de sujetar su decisión a una interferencia o instrucciones interpretativas preestablecidas.

Pero así como en esos derechos, también respecto a otros contenidos en los demás tratados interamericanos que no le reconocen competencia interpretativa a la Corte Interamericana. Como también podría darse respecto a la propia Con-

¹³¹ BREGAGLIO (2014), p. 27.

vención Americana cuando ésta sea aplicada a una situación particular y concreta que se presente en alguno de los Estados Parte y que, con plena *independencia judicial*, el juez nacional interprete, como obligado primario, la CADH dando pasos más allá de lo que la CoIDH podría decir o haber dicho respecto a ese mismo Estado por cuestiones de competencia *ratione temporis* o cualquier otro factor que como órgano subsidiario o complementario no puede hacer y que sí podría hacer un órgano jurisdiccional nacional.

Es lógico que ante esto de inmediato se piense en la falta de seguridad jurídica por las diferentes interpretaciones que se podrán hacer de la Convención Americana a nivel nacional. Sin embargo, si se entiende que la CoIDH es un órgano subsidiario de los sistemas nacionales, esa pluralidad de interpretaciones se da por presupuesta en todo sistema jurídico de ese tipo, especialmente si se respeta la *independencia judicial*, en la medida de que son los jueces nacionales quienes de manera primaria deben aplicar y cumplir con la Convención Americana y éstos, dentro de cada sistema nacional, tendrán sus respectivos órganos revisores, con lo que en cada Estado habrá, como lo hay, un sistema que da congruencia y seguridad jurídica en el ámbito de sus respectivas competencias.

Pero más aún frente a ese temor de pluralidad interpretativa, no se puede olvidar, como tal parece muchos que afirman lo anterior lo olvidan, que la Convención Americana en sus artículos 29, 30 y 31 establece los parámetros interpretativos, de alcance de restricciones y reconocimiento de derechos que se deben observar cuando se aplique e interprete la CADH. Con lo que, la Corte Interamericana antes de hacer mandatos para seguir sus interpretaciones cuando no se es parte, más y mejor haría para respetar la *independencia judicial* con indicar cuándo establece que se debe llevar a cabo su llamado *control de convencionalidad*, el destacar el contenido de esas normas a fin de que el juez nacional las tenga presentes.

Al final de cuentas, esto que vengo diciendo no es más que de cierta forma el *margen de apreciación* que se sigue en Europa y que, pese a las críticas que recibe, no ha generado un caos interpretativo. Pero mientras la Corte Interamericana se siga asumiendo como la *tutora* de las jurisdicciones nacionales, difícilmente jueces y tribunales nacionales asumirán su responsabilidad frente a las obligaciones internacionales y en la función que se les ha asignado en la defensa, interpretación y aplicación del conjunto normativo que integra sus respectivos sistemas nacionales.

Además de que “el juez [que es la máxima autoridad nacional para determinar la legalidad de un acto a través de un proceso de interpretación y argumentación], podría ser sumido en un halo de mediocridad y falta de agudeza jurídica y mo-

tivación de sus fundamentos, al verse compelido a la aplicación automática de estándares que incluso, podrían no reflejar un proceso argumentativo con el que dicha autoridad esté de acuerdo”¹³². Factor no menos importante que también deriva de ese incorrecto equilibrio de valores que la CoIDH debería llevar a cabo en el ejercicio de sus funciones, pero que, como se puede ver, ha fallado al pasar por encima de la *independencia judicial* al atribuirse facultades que no tiene e imponiendo interpretaciones más allá de lo que la CADH le autoriza.

iv. El juez nacional como activo creador de protección y no como un pasivo receptor de interpretaciones. Una defensa al juez nacional latinoamericano

No hay duda alguna que el Poder Judicial en toda Latinoamérica ha sido uno de los que de forma más tardía se ha abierto al Derecho Internacional en sus diferentes ámbitos, mostrando incluso en ocasiones resistencia a observar el contenido de los tratados al preferir las normas de origen nacional que integran el sistema jurídico que le corresponde interpretar y aplicar.

Sin embargo, no es ni será afectando la *independencia judicial* que, como valor fundamental de todo Estado Democrático y como presupuesto para la efectiva protección de los derechos humanos debe gozar el Poder Judicial, el mejor camino que se tiene para estimular e incitar el acercamiento de éste al derecho de origen internacional, ni a las interpretaciones que de éste hacen los órganos internacionales facultados en los diversos sistemas.

Sobre todo, porque el cumplir con las obligaciones derivadas de los tratados de derechos humanos no es una cuestión que se hace por invitación, estímulo, ni es opcional una vez que el Estado es parte del tratado, es un deber ineludible que cualquier juzgador nacional capacitado, responsable y eficiente en sus labores observará. Es en gran medida una forma de conocer qué juzgadores conocen en realidad el sistema jurídico en el que están inmersos y qué juzgadores por ese desconocimiento o apartamiento de sus deberes han perdido la poca legitimidad democrática que tienen y que sólo por medio de sus decisiones pueden consolidar.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos por más que con buenas intenciones quiera que todos los jueces y tribunales nacionales repliquen sus interpretaciones, tanto por lo establecido en los subapartados previos, por respeto a la *independencia judicial* y en cumplimiento de la labor subsidiaria que le asigna la Convención Americana, no puede tratar a jueces y tribunales

¹³² BREGAGLIO (2014), p. 28.

nacionales como órganos incapaces de tomar una decisión acorde con la CADH y demás tratados interamericanos por sí mismos. Ni como simples aplicadores pasivos de sus criterios. Menos cuando a nivel interno, a diferencia del ámbito internacional, en muchos casos hay dos partes, dos derechos en conflicto, dos derechos por conciliar y no, como ante el tribunal interamericano, tan sólo la revisión del cumplimiento o no de una obligación internacional que aunque pueda ser una pluralidad de derechos humanos, las características de la evaluación son distintas.

Si la Corte Interamericana quiere que sus criterios interpretativos sean observados por jueces y tribunales nacionales cuando apliquen la Convención Americana y demás tratados interamericanos, debe emitir sentencias sólidas, bien argumentadas y con el mínimo de errores; debe precisar las partes de su jurisprudencia que pueden generalizarse a cualquier caso y aquellas que sólo podrían ser aplicables ante supuestos fácticos idénticos; debe expresar de manera clara sus cambios de criterio¹³³; debe ser ejemplo de la puesta en práctica de los estándares interamericanos que exige sean observados por los órganos jurisdiccionales nacionales. Porque la fuerza jurídica de la jurisprudencia (interpretaciones) de la CoIDH en los casos en que un Estado no es parte, no está establecida en la Convención Americana, sino que deriva de su alta calidad argumentativa, congruencia interna y externa, así como de las aportación sustantiva que para la protección de los derechos humanos proporcione.

Esto es así, porque cualquier juez o tribunal nacional con las características que antes señalé, en pleno ejercicio de su *independencia judicial*, seguramente acudirá a esas interpretaciones, a esos argumentos, a esos desarrollos si tienen las características indicadas, pues sin necesidad de que nadie interfiera en su toma de decisión, no hay duda alguna que todo ello es y será un auxiliar en su labor para tomar lo que se considere la mejor decisión, por el *interés referencial* que genera al ser la CoIDH el intérprete último de la CADH.

Más aún, jueces y tribunales nacionales no deben limitarse a aplicar el contenido del conjunto de tratados interamericanos, sino que también deben hacerlo respecto a otros tratados universales o multilaterales de derechos humanos de los cuales sea parte el Estado al que pertenecen. Sólo haciendo eso, se podría hablar de una integral protección de los derechos humanos, ya que aunque en ocasiones los contenidos entre tratados son casi idénticos, el tener presentes

¹³³ Cfr. BREGAGLIO (2014), p. 29.

todos es lo que da certeza de la existencia de jueces preparados, responsables y eficientes.

Limitarnos a lo que dice la Corte Interamericana es también limitar la *independencia judicial*, porque aunque tampoco sea obligatorio seguir y observar, por ejemplo, informes, observaciones generales o resoluciones de organismos cuasi jurisdiccionales de la propia Organización de Estados Americanos o de la Organización de las Naciones Unidas; jueces y tribunales nacionales pueden acudir a ellos para formar, fortalecer y sustentar su decisión de manera independiente, no por un mandato, sino simplemente en un ejercicio de responsabilidad que corresponda con la función que tienen encomendada.

Contrario a lo que parece indicar la CoIDH con su mandato en el llamado *control de convencionalidad*, creo que jueces y tribunales como órganos primeramente obligados pueden hacer una más pronta, próxima y eficiente protección de los derechos humanos reconocidos en los tratados de los cuales sea parte el Estado al que pertenecen sin necesidad de intervención del Tribunal interamericano. Como también creo que dichos jueces y tribunales en pleno ejercicio de su *independencia judicial*, cuando lo consideren necesario, acudirán a los criterios establecidos por órganos internacionales para formular su mejor decisión.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

A punto de cumplirse diez años de la incorporación del término *control de convencionalidad* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, aún queda mucho por analizar, debatir y cuestionar alrededor de esa idea. Especialmente, porque la función que tiene la CoIDH no es posible entenderla sin una conciliación constante de elementos y valores que pueden estar en tensión, ya que su labor de proteger derechos humanos no puede apartarse de consideraciones democráticas en coyunturas sociales plurales y cambiantes y voluntades, tanto individuales como conjuntas de los Estados.

En ese sentido, es imposible entender el llamado *control de convencionalidad* que la CoIDH le ha exigido a jueces y tribunales nacionales sin que para ello se observe el respeto a la *independencia judicial* de éstos de conformidad con los márgenes establecidos en la Convención Americana, como tratado base y origen de la relación que se puede dar entre la CoIDH y los tribunales nacionales.

Por lo que, como aquí ha quedado demostrado, cuando un Estado no es parte en un caso, la exigencia de la CoIDH a jueces y tribunales nacionales de seguir sus interpretaciones es, por todas las razones antes expuestas, una intromisión en la *independencia judicial* de los órganos jurisdiccionales nacionales.

Por muchos años, jueces y tribunales nacionales han sido resistentes a hacer uso del derecho de origen internacional que forma parte de sus sistemas jurídicos nacionales, con lo que en apariencia se podría justificar el mandato de la CoIDH. Sin embargo, para cambiar eso no se puede pasar por encima de aspectos tan importantes como la *independencia judicial*.

Si bien, proteger derechos humanos es y debe ser el fin último, esto no puede justificar la destrucción del conjunto de equilibrios y valores que justamente son el origen, sustento y garantía de una efectiva protección de dichos derechos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARAI-TAKAHASHI, Y. (2002): *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (Intersetia, Oxford).
- BRAUCH, J. (2005): “The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law”, en *Columbia Journal of European Law* (Vol. 11), pp. 113-150.
- BREGAGLIO LAZARTE, Renata (2014): “Problemas prácticos del control de convencionalidad en los procesos de argumentación jurídica de los tribunales nacionales”, en *Hendu*, (Vol. 5, N° 2), pp. 15-32.
- BÜHLMANN, Marc y KUNZ, Ruth (2011): “Confidence in the judiciary: Comparing the independence and legitimacy of judicial systems”, en *West European Politics* (N° 34), pp. 317-345.
- BURBANK, Stephen B. (2013): “What Do We Mean by ‘Judicial Independence?’”, en *Ohio State Law Journal*, (N° 64), pp. 323-339.
- CABALLERO JUÁREZ, José Antonio (2009): “La recepción de jurisprudencia internacional y la ejecución de fallos en tribunales nacionales. Apuntes para su estudio” en 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* (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México).
- CARRILLO SANTARELLI, Nicolás (2013): “Errores judiciales internacionales: ¿qué sucede si una sentencia de derechos humanos se basa en supuestos fácticos inexistentes? El caso Mapiripán y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. [Disponible en: <http://aquiencia.net/2011/10/27/errores-judiciales-internacionales/>].
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos (2011): “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (Vol. XI), pp. 593-624.

- CASTILLA JUÁREZ, Karlos (2013): “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (Vol. XIII), pp. 51-97.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos (2014): “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, en *Revista Derecho del Estado* (Nº 33, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre), pp. 149-172.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos (2015): “Una respuesta a los comentarios de Alexei Julio al artículo ‘Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional’”, en *Revista Derecho del Estado* (Nº 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio), pp. 55-60.
- CORTE IDH (2016): *Control de Convencionalidad*. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 7. [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2016]. [Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>].
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2011): “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Revista Estudios Constitucionales* (Año 9, Nº 2), pp. 531-622.
- FERRERES, Víctor (2010): “Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en *El carácter vinculante de la jurisprudencia* (Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid).
- FIX-ZAMUDIO, Héctor (2013): “Los controles de constitucionalidad y convencionalidad en el ámbito interno”, en *XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. [Disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=ygPlkjFWYrU> (minuto 25, con 20 segundos y siguientes. Consultado el 5 de enero de 2013)].
- FRANCO, Leonardo Alberto (2009): “Recepción de la jurisprudencia interamericana en el ordenamiento jurídico argentino” en 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* (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México).
- GARGARELLA, Roberto (2013): “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”. [Disponible en: https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf].
- GIBSON, James L. y CALDEIRA, Gregory A. (1995): “The Legitimacy of the Court of Justice in the European Union: Models of Institutional Support”, en *American Political Science Review* (Nº 89), pp. 356-376.

- GIMENO SENDRA, José Vicente (1981): *Fundamentos de Derecho Procesal* (Civitas, Madrid).
- GONZÁLEZ, Piedad (1993): *Independencia del juez y control de su actividad* (Tirant Lo Blanch, Valencia).
- HANSFORD, Thomas G. y SPRIGGS, James F. II (2006): *The Politics of Precedent on the U.S. Supreme Court* (Princeton University Press, USA).
- HELPER, Laurence R. y SLAUGHTER, Anne-Marie (1997): “Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication”, en *Yale Law Journal* (Nº 107), pp. 273-391.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2014): “La polisemia del control de convencionalidad interno”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional* (Nº 24), pp. 113-141.
- HITTERS, Juan Carlos (2013): “Un avance en el control de convencionalidad. El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana”, en *Pensamiento Constitucional* (Nº 18), pp. 315-329.
- HITTERS, Juan Carlos (2015): “Control de Convencionalidad (Adelantos y retrocesos)”, en *Revista Estudios Constitucionales* (Año 13, Nº 1), pp. 123-162.
- IGLESIAS VILA, Marisa (2013): “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional”. [Disponible en: https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf].
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (2015): *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R.).
- LEGG, A. (2012): *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality* (Oxford University Press, Oxford).
- MACKENZIE, Ruth y SANDS, Philippe (2002): “International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge”, en *Harvard International Law Journal* (Nº 44), pp. 271-285.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2013): “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Estudios Constitucionales* (Año 10, Nº 19, enero-junio), pp. 221-270.
- OVALLE FAVELA, José (2012): “La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: En el derecho interno de los Estados latinoamericanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Año XLV, Nº 134, mayo-agosto), pp. 595-623.
- QUINCHE, Manuel Fernando (2014): *El control de convencionalidad* (Bogotá, Temis).

- PRIETO CASTRO, Leonardo (1986): *Derecho de tribunales: organización, funcionamiento, gobierno*. (Editorial Aranzadi, España).
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (1989): *Jurisdicción e independencia judicial* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid).
- ROJAS BETANCOURTH, Danilo (2015): “Control de convencionalidad en Colombia. Entre el control de la Convención y su aplicación”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Año XXI), pp. 113-140.
- RODRÍGUEZ MORELIÓN, María Engracia del Carmen (2009): “La recepción nacional de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos”, en 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* (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México).
- RUSELL, Peter y O’BRIEN, David (2001): *Judicial Independence in the Age of Democracy* (University of Virginia Press, Virginia).
- SAGÜES, Néstor P. (2012): “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El Control Difuso de Convencionalidad*, (Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Políticas, México), pp. 107-186.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.) (2012): *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa* (Porrúa-UNAM, México).
- SIMON, Dieter (1985): *La independencia del juez*, (Ed. Ariel, Barcelona).
- TORRES PÉREZ, Aída (2013): “La independencia de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos: El caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. [Disponible en: https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Torres_CV_Sp_20130524.pdf].
- VON BOGDANDY, Armin y VENZKE, Ingo (2012): “In Whose Name? An Investigation of International Courts’ Public Authority and its Democratic Justification”, en *European Journal of International Law* (Nº 23), pp. 7-41.

JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA CITADA

Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013.

- _____, *Caso del Tribunal Constitucional* (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C N° 268.
- _____, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C N° 276.
- _____, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C N° 279.
- _____, *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C N° 274.
- _____, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C N° 282.
- _____, *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C N° 285.
- _____, *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C N° 300.
- _____, *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C N° 302.
- _____, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C N° 304.
- _____, *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C N° 305.
- _____, *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C N° 306.
- _____, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C N° 309.
- _____, *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C N° 314.

_____, Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A N° 22.