

EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO: ELEMENTOS DOGMÁTICOS PARA UNA APLICACIÓN PRÁCTICA

*Zamir Andrés Fajardo Morales*¹

I. INTRODUCCIÓN

Las reformas constitucionales sobre Amparo y Derechos Humanos, en vigor desde junio de 2011, han dado al derecho mexicano una nueva fisonomía. El país inició un nuevo ciclo en su vida jurídica con la expresa constitucionalización de los derechos humanos (inclusive los de fuente internacional) y este nuevo ciclo impone obligaciones concretas a cargo de todas las autoridades públicas, con el propósito de alcanzar el pleno respeto y garantía de tales derechos. En este marco de reformas, el 4 de octubre de 2011 es una fecha de enorme relevancia para el derecho mexicano, pues este día entró en vigor la reforma constitucional al Juicio de Amparo², inició la Décima Época del Poder Judicial de la Federación³ y se publicó el engrose del Varios 912/2010⁴ respecto del caso de Rosendo Radilla Pacheco.

La reforma constitucional sobre Amparo y el inicio de la Décima Época son dos temas de enorme trascendencia que requieren de un estudio detallado, mismo que excede los propósitos de este ensayo. El engrose del caso Radilla junto con las tesis del Poder Judicial de la Federación que de él derivan respecto al control de convencionalidad serán parte del análisis que se ofrece en los párrafos siguientes.

Reconociendo la inescindible relación del “control de convencionalidad” con el Principio de interpretación conforme, así como con el principio *pro personae* y con el concepto de bloque de constitucionalidad, en el presente escrito se retomarán en lo pertinente tales temas⁵. Es importante puntualizar que por razones de claridad y extensión el presente

¹ El autor es Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y actualmente se desempeña como enlace de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH-México) ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las opiniones presentadas por el autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la OACNUDH-México.

² Esta Reforma fue publicada en el DOF del 6 de junio de 2011.

³ Ver, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acuerdo General No. 9/2011, por el que se determina el inicio de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación; 29 de agosto de 2011. Texto completo del Acuerdo disponible en http://www.scjn.gob.mx/Documents/AGP_9_11-1.pdf.

⁴ Ver, SCJN, Expediente Varios 912/2010. Resolución dictada por el Tribunal en Pleno el 14 de julio de 2011, Ministra Ponente Margarita Beatriz Luna Ramos, Ministro encargado del engrose José Ramón Cossío Díaz. Publicado en el DOF del 4 de octubre de 2011. Texto completo de la sentencia disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Resoluci%C3%B3n%20Radilla%20DOF.pdf>.

⁵ El presente ensayo no pretende agotar el alcance del tema de control de convencionalidad. Su objetivo es más modesto: sólo pretende identificar algunos elementos jurídico/conceptuales que servirán como insumos para la aplicación práctica del control a las autoridades judiciales. Para un estudio detallado del tema ver, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de*

ensayo no desarrollará de manera amplia los diferentes componentes del control de convencionalidad conformándose con una intención más limitada: ofrecer algunos elementos conceptuales básicos para un análisis dogmático del control difuso de convencionalidad y a la par proponer una “metodología” para operativizar el referido control.

Así, como premisa de orden práctico, parto de la certeza de que el control de convencionalidad es una enorme oportunidad para las autoridades judiciales del ámbito local, pues reciben un encargo de primer nivel que reconoce y valida su competencia y capacidades para interpretar directamente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las normas internacionales sobre derechos humanos que a ésta se integran como un bloque de derechos de rango constitucional. Así, la “minoría de edad” que en materia constitucional implícitamente se derivaba del control concentrado de constitucionalidad que excluía a las autoridades locales de la interpretación y aplicación directa de la CPEUM, hoy es superada ampliamente, dándoles a todas las autoridades judiciales el mandato de constitucionalizar sus actuaciones (mediante el control difuso de constitucionalidad⁶) y aplicar las normas de derechos humanos que se consagran en la CPEUM y/o en la normatividad internacional de los derechos humanos. Se abren nuevos retos y enormes oportunidades argumentativas y confiamos en que las autoridades judiciales asumirán y optimizarán tales retos y oportunidades en provecho de la justicia y de la plena vigencia de los derechos humanos.

A. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

Para dimensionar el alcance actual del control de convencionalidad en México es muy importante tener claro que dicho control surge como un desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), por tal razón a continuación nos permitimos realizar algunas precisiones históricas y conceptuales sobre el Sistema Interamericano de protección y promoción de los Derechos Humanos (SIDH).

México, en tanto sujeto de derecho internacional ha participado activamente de la configuración del actual orden jurídico internacional en diferentes materias, siendo particularmente relevante su participación en el orden regional interamericano. La Carta de Bogotá, mediante la cual se constituye la Organización de Estados Americanos (OEA), fue adoptada hace 64 años y México fue uno de los 21 Estados que suscribió originalmente

Derechos Humanos y los jueces nacionales, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. (FUNDAP), 2012.

⁶ La primera tesis de la Décima Época (tesis P. I/2011 (10a.)), del Pleno de la SCJN, bajo el rubro “CONTROL DIFUSO”, declara que “[c]on motivo de la entrada en vigor de los párrafos segundo y tercero del artículo 10. constitucional modificados mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, debe estimarse que han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales P./J. 73/99 y P./J. 74/99”. Las tesis que quedan sin efectos tenían, respectivamente, los rubros “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN” y “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”.

este importante tratado. Además, al igual que Costa Rica, México ratificó la Carta el mismo año de su suscripción y tan sólo siete meses después (23 de noviembre de 1948) depositó el respectivo instrumento de ratificación con lo que abrió el camino para la entrada en vigor de este tratado (13 de diciembre de 1951) que da vida a la organización interamericana.

Respecto a los derechos humanos, México es parte de la totalidad de los tratados del hemisferio sobre la materia. En este punto es importante precisar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es el tratado interamericano que define ampliamente los derechos humanos y las correlativas obligaciones de los Estados Parte, y que institucionaliza y articula el funcionamiento de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. México es Parte en la CADH desde el mes de marzo de 1981. Y es de esta **Convención** de la que la Corte IDH deriva el estándar de “control de **convencionalidad**”.

Con posterioridad a su vinculación con la CADH (1981) México se hizo Parte de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987); del Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1996); de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” (1998); de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (2001); de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (2002); y del Protocolo a la CADH relativo a la abolición de la pena de muerte (2007). Todos estos tratados, *ratione materiae* y *ratione personae*, desarrollan y amplían el contenido y alcance de la CADH, por lo que deben ser considerados al momento de realizar el control de convencionalidad, según sea el caso.

Como se señaló, la Corte IDH fue creada por los propios Estados mediante la CADH y es establecida como el organismo judicial interamericano con competencia para interpretar y aplicar dicha Convención y los demás tratados interamericanos en los que los propios Estados le confieran competencia. En este punto es importante precisar que para que un Estado pueda ser demandado ante la Corte IDH se requiere, como *conditio sine qua non*, que dicho Estado expresamente le haya conferido competencia contenciosa a la Corte; México confirió dicha competencia en 1998.

La Corte IDH está compuesta por siete juezas/ces, nacionales de los Estados Miembros de la OEA, propuestos y seleccionados por los propios Estados en el marco de la Asamblea General de la Organización. Sus decisiones son definitivas e inapelables y se basan en la normatividad internacional, principalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), por ello la Corte IDH tiene a su cargo las labores propias del *control concentrado* de convencionalidad, en el cual el propósito es analizar la posibilidad de declarar internacionalmente responsable al Estado por violar derechos humanos y condenarlo a reparar integralmente las violaciones a tales derechos que le sean imputables.

Al interpretar y aplicar la CADH la Corte IDH (en tanto órgano de cierre del control de convencionalidad) determina el contenido, alcance y límites legítimos de los derechos

humanos establecidos en la CADH y en los tratados interamericanos que la complementan y desarrollan, por lo que su **jurisprudencia**⁷ es parte integrante del texto de la CADH y debe ser incluida en el control de convencionalidad que realiza ella misma⁸ y las autoridades nacionales que están obligadas por los tratados interamericanos.

La “*obligatoriedad*” de las sentencias de la Corte IDH debe ser analizada considerando los diferentes componentes que tales sentencias tienen, principalmente la parte resolutive y el análisis del fondo. Así, en tratándose de la parte resolutive de las sentencias de la Corte IDH es evidente que sólo pueden tener un efecto obligatorio *inter partes*⁹. De esta manera, las órdenes concretas que la Corte le da a México en la parte resolutive de las sentencias en las que el Estado ha sido declarado responsable por violar derechos humanos, sólo vinculan en lo concreto a México y éste debe cumplirlas de buena.

Respecto al análisis del fondo de **todos** los casos en que se llega a dicha etapa procesal debe precisarse que los estándares interamericanos que se consolidan en esta parte de las sentencias de la Corte IDH deben ser considerados como parte constitutiva del contenido mismo de las normas del tratado que tales estándares están desarrollando.

Así, por ejemplo, cuando la Corte ha resuelto casos sobre libertad de expresión ha señalado que la titularidad de este derecho tiene una dimensión individual (todas las personas pueden expresar sus pensamientos e ideas y comunicar informaciones) y una dimensión colectiva (la sociedad tiene derecho a esta bien informada); en este sentido, la Corte IDH precisó en el caso Canese contra Paraguay que las dos dimensiones de la titularidad de este derecho “*deben garantizarse simultáneamente en forma plena, para dar efectividad total al derecho consagrado en los instrumentos internacionales*”¹⁰.

En el ejemplo específico del caso Canese no hay duda de que el Paraguay, como parte en el proceso, está obligado a adoptar las medidas específicas de reparación **ordenadas en la**

⁷ El concepto de jurisprudencia en la Corte Interamericana no tiene un alcance cualificado como sucede en el caso mexicano. Por lo cual cuando nos referimos a la jurisprudencia de la Corte IDH debe entenderse que nos referimos a sus Sentencias, a sus Resoluciones de Medidas Provisionales y a sus Opiniones Consultivas, tanto individualmente consideradas como al conjunto de todas éstas.

⁸ La Corte IDH tiene las competencias implícitas que se derivan necesariamente su naturaleza de órgano de cierre del control de convencionalidad, por lo que le es posible modificar su jurisprudencia y ampliarla en lo que sea pertinente. Así la Corte IDH ha modificado su jurisprudencia en varios casos implementando el estándar de *derecho vivo*, señalando que “*los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*”. Ver, Corte IDH, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006, serie C No. 146, párr. 117; caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia 17 de junio de 2005, serie C No. 125, párr. 125; y caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, sentencia del 8 de julio de 2004, serie C No. 110, párr. 165. En el mismo sentido, ver, Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, serie A No. 16, 1 de octubre de 1999, párr. 114. Ver también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Tyrrer vs. Reino Unido*, sentencia del 25 de abril de 1978, serie A No. 26, párr. 31.

⁹ Así se desprende claramente del artículo 68.1 de la CADH que al efecto señala: “*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*”.

¹⁰ Ver, Corte IDH, caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C No. 111, párr. 80.

parte resolutive de la sentencia por la Corte IDH respecto a las violaciones concretas a la libertad de expresión de la víctima de este caso.

Sin embargo, la determinación de la titularidad de la libertad de expresión, **desarrollada en el análisis del fondo de este caso**, según lo transcrito, es un asunto que la Corte IDH realizó más allá del mero propósito de determinar la responsabilidad o no del Estado, pues en este análisis de fondo la Corte IDH fijó, con efectos *erga omnes*, el contenido y alcance del derecho sub examine (art. 13 de la CADH), de suerte que dicho contenido y alcance se integran a la norma del tratado; lo que en la práctica se resuelve como la determinación de estándares internacionales que, por definición, trascienden el caso concreto.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) no ha sido ajena a esta discusión y en el marco del Varios 912/2010 antes citado, estableció las siguientes tesis:

I. La tesis aislada LXV/2011 del Pleno de la SCJN que al rubro señala:

SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO.

En esta tesis el Pleno de la SCJN precisó que:

El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella¹¹.

II. La tesis aislada LXVI/2011 del Pleno de la SCJN que al rubro señala:

CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Al efecto el Pleno de la SCJN precisó que:

Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas

¹¹ SCJN, Tesis Aislada del P. LXV/2011 (9a.), No. de Registro No. 160482.

las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos¹².

Estamos ciertos de que estas dos tesis del Pleno de la SCJN retoman de manera amplia el alcance de la jurisprudencia de la Corte IDH. Como se puede observar, la tesis LXV/2011 hace alusión expresa a los efectos de cosa juzgada que tienen las sentencias de la Corte IDH en los litigios en que el Estado mexicano fue parte. Aclara la SCJN que son vinculantes “*no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella*” dando sin duda aplicación al artículo 68.1 de la CADH previamente referido.

Así, con esta tesis la SCJN incorpora integralmente al derecho mexicano las sentencias que emite la Corte IDH contra México, constitucionalizando su contenido y determinando que tales sentencias son obligatorias en sus términos para todas las autoridades, pero además la SCJN hace un reconocimiento implícito de que la Corte IDH es el órgano de cierre respecto al *control de convencionalidad*, al señalar que aun siendo ella misma el máximo Tribunal Constitucional del país no puede hacer “*ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”.

La valiosa claridad de la tesis LXV/2011 debe irradiar la interpretación del alcance de la tesis LXVI/2011. Es importante en este extremo precisar que la expresión “*criterios interpretativos de la Corte Interamericana*” usada por la SCJN en las tesis LXVI transcrita, busca definir los elementos jurídicos que ha desarrollado la Corte IDH para determinar el contenido, alcance y límites de las normas interamericanas sobre derechos humanos en su jurisprudencia, entendida en el sentido que quedo apuntado *supra*. Así, considerando que tales “*criterios interpretativos*” son consolidados en el marco de las funciones judiciales de la Corte IDH proponemos equiparlos a la expresión “*estándares internacionales*” de suerte que se armonice el uso del lenguaje del derecho interno en relación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

Sin embargo, la tesis LXVI/2011 no sólo genera consideraciones conceptuales, pues la expresión “*criterios orientadores*” parece oponerse a la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH en aquéllas sentencias en las que el Estado mexicano no es parte demandada. Sin embargo, dicha interpretación no puede ser de recibo pues se opone al reconocimiento que la propia SCJN ha hecho de que la Corte IDH es el órgano de cierre en el control de convencionalidad. Por ende, esta tesis debe entenderse de manera integral identificando que, en tanto estándares internacionales emitidos por el órgano de cierre convencional y por desarrollar el contenido y alcance de los derechos humanos establecidos en la CADH,

¹² SCJN, Tesis Aislada del P. LXVI/2011 (9a.), No. de Registro No. 160584.

dichos criterios orientan la actividad judicial y deben ser aplicados en tanto y en cuanto no exista un “criterio” que ofrezca una mayor protección a los derechos humanos¹³.

Viene a confirmar esta interpretación la misma tesis LXVI al señalar que “*los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana*”. En esta tesis se evidencia que la SCJN incorpora una categoría jurídica novedosa a la que denomina “*criterios interpretativos*” precisando que tanto el poder judicial de la federación como la Corte IDH emiten “criterios” al interpretar los derechos humanos. Así, no podríamos aceptar que la expresión “criterios orientadores” deba entenderse como criterios optativos y/o prescindibles, pues si bien el principio *pro personae* le impone a las autoridades judiciales la obligación de identificar “el criterio” que proteja en mayor medida el derecho humano, las autoridades nacionales sólo podrán dejar de aplicar el estándar desarrollado por la Corte IDH, cuando dicho estándar es superado por una interpretación nacional o internacional que ofrece una mayor protección de la persona humana no hay pues un amplio margen de decisión para inaplicar la jurisprudencia de la Corte IDH, cuando de control de convencionalidad se trata.

Las consideraciones sobre Sistema Interamericano presentadas en este acápite que se ocupan exclusivamente de las sentencias de la Corte IDH sin aludir a la jurisprudencia y la doctrina especializada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no deben ser interpretadas como una exclusión del valor jurídico de tales jurisprudencia y doctrina, más bien debemos precisar que justamente el análisis del control difuso de convencionalidad vis-a-vis el principio *pro personae* requiere de una reflexión profunda sobre el papel de la CIDH al respecto, lo cual excede el propósito de este ensayo.

¹³ La Tesis aislada XIX/2011 (10a.) de la Primera Sala de la SCJN que lleva por rubro “*PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE*” establece que “[d]e conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios de favorabilidad del individuo o lo que se ha denominado principio *pro persona*, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el Texto Constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano”.

II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (SIDH)

La Corte IDH a través de su historia jurisprudencial ha venido estableciendo una serie de estándares internacionales respecto del contenido, alcance y límites de los derechos humanos y respecto también de las correspondientes garantías nacionales e internacionales. También ha sido prolífica en construcciones jurisprudenciales de alto impacto internacional como la norma de la debida diligencia y la determinación del contenido de la obligación de garantizar los derechos humanos, por citar algunos ejemplos. Así mismo, la jurisprudencia de la Corte IDH ofrece nutridos elementos jurídicos para interpretar normas procesales cuando se está frente a un caso que involucra derechos humanos y potenciales víctimas de violaciones a los mismos; tal es el caso de la relativización del principio del *onus probandi incumbit actori* y la incorporación de la sana crítica y la equidad como criterios relevantes para las decisiones judiciales de la Corte. De particular relevancia resulta la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la reparación integral de violaciones a los derechos humanos y la definición del estatus de las víctima de tales violaciones, inclusive estándares sobre la presunción de sufrimiento de los familiares cercanos de las víctimas directas. Y el listado podría ser mucho más extenso...

El control de convencionalidad (conceptualmente diseñado por el expresidente de la Corte IDH, Dr. Sergio García Ramírez¹⁴) es un estándar interamericano derivado de la jurisprudencia de la Corte IDH; por ello, un análisis dogmático de *lege lata* que busque identificar el alcance jurídico del control de convencionalidad no puede prescindir de la revisión (superficial cuando menos) del régimen de obligaciones de los Estados que se deriva de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, en tanto que éste es, en nuestra opinión, el fundamento jurídico del multicitado control de convencionalidad como desarrollo de las obligaciones del Estado de garantizar los derechos humanos y de adoptar disposiciones de derecho interno para que éste sea armónico con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

Además de lo anterior, considerando que el estándar de control de convencionalidad surge como un desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH será menester completar el análisis dogmático propuesto haciendo una revisión de *sententia lata* respecto a la jurisprudencia de la Corte IDH, lo cual será nuestro punto de partida, como sigue.

A. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DESDE UN ANÁLISIS DE SENTENTIA LATA

En el paradigmático caso Almonacid Arellano la Corte IDH estableció un precedente sobre la obligación del Estado de adecuar la normatividad interna (art. 2 de la CADH) a la internacional en relación con la obligación de garantizar judicialmente los derechos humanos (artículo 1.1 de la CADH) en caso de que la armonización legislativa no fuera la adecuada. La Corte precisó que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no

¹⁴ Sobre la historia del concepto en la jurisprudencia de la Corte IDH ver, García Ramírez Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, El Control difuso de convencionalidad..., op. cit.

*adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella*¹⁵. Entonces, estas previsibles fallas del poder legislativo ponen en las autoridades judiciales un deber de obrar con la debida diligencia y **no aplicar** aquéllas normas que sean contrarias a los derechos humanos. Lo anterior entendiendo que cuando un Estado ratifica un tratado internacional sobre derechos humanos (TIDH) como la CADH “*sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, **intérprete última** de la Convención Americana”¹⁶ (énfasis agregado).*

Posteriormente, en el caso Trabajadores Cesados del Congreso, la Corte IDH retomó su criterio de control de convencionalidad y además enfatizó la necesidad de que la CADH y los demás TIDH tengan un efecto útil, procediendo consecuentemente a determinar que “*los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de **constitucionalidad**, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones*”¹⁷. Así, este segundo precedente pone en cabeza de las autoridades judiciales la garantía del efecto útil de los tratados internacionales, relacionando de manera inescindible el control de constitucionalidad con el control de convencionalidad¹⁸. Señala la Corte que si bien el control de convencionalidad no es irrestricto, pues está sujeto a presupuestos formales y materiales, sí debe ejercerse sin hacerlo depender de las manifestaciones o actos de las personas accionantes en cada caso concreto (naturaleza oficiosa).

En el caso de la Universidad de la Cantuta¹⁹ la Corte IDH confirmó su interpretación de que el *control de convencionalidad* es una obligación que las autoridades judiciales deben realizar para dotar a la CADH de un efecto útil, en el marco del deber de adecuar el

¹⁵ Corte IDH, *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 123.

¹⁶ Corte IDH, *caso Almonacid Arellano op. cit.*, párr. 123; y *caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, sentencia del 1 de septiembre de 2010, serie C No. 217, párr. 202.

¹⁷ Corte IDH, *caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C No. 158, párr. 128.

¹⁸ En idéntico sentido ver, Corte IDH, *caso Boyce y otros vs. Barbados*, sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 169, párr. 78.

¹⁹ Corte IDH, *caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C No. 162, párr. 173.

derecho interno a la preceptiva internacional²⁰. También en el caso Heliodoro Portugal la Corte señaló la necesidad de darle efecto útil a la CADH, mediante la realización, por las autoridades judiciales, de un control de convencionalidad, en el marco del deber de adoptar disposiciones de derecho interno²¹.

En el caso Radilla Pacheco contra México, refiriéndose a las normas relativas al fuero militar, la Corte especificó que la CADH genera obligaciones específicas para los jueces del país, entre estas “*velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos*”. En este sentido, la Corte reiteró que “*el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”²².

En el caso de la Comunidad Indígena Xákmok²³, la Corte IDH amplía el alcance del estándar de control de convencionalidad y lo establece como parte de las medidas de reparación, en tanto garantía de no repetición, manteniendo el contenido de esta obligación en los mismos términos desarrollados en el caso Almonacid Arellano. La inclusión del control de convencionalidad como garantía de no repetición fue reiterada por la Corte en los casos de Inés Farnández Ortega²⁴ y Valentina Rosendo Cantú²⁵ ambos contra México y en los casos Vélez Lloor²⁶, Chocrón Chocrón²⁷, López Mendoza²⁸ y en el reciente caso Atala²⁹. Respecto del caso Atala debemos hacer notar que la Corte IDH inició un diálogo jurisprudencial con la SCJN en el que específicamente cita el expediente

²⁰ En el caso Gomes Lund, la Corte IDH analizó, como parte del Derecho de Acceso a la Justicia, el tema del control de convencionalidad, ahora referido a leyes de amnistía. Ver, Corte IDH, *caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, párr. 176.

²¹ Corte IDH, *caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C No. 186, párr.180.

²² Corte IDH, *caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, párr.339.

²³ Corte IDH, *caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C No. 214, párr. 311.

²⁴ Corte IDH, *caso Fernández Ortega y otros vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C No. 215, párr. 236.

²⁵ Corte IDH, *caso Rosendo Cantú y otra vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C No. 216, párr. 219.

²⁶ Corte IDH, *caso Vélez Lloor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218, párr. 287.

²⁷ Corte IDH, *caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, sentencia de 1 de julio de 2011, serie C No. 227, párr. 164.

²⁸ Corte IDH, *caso López Mendoza vs. Venezuela*, sentencia del 1 de septiembre de 2011, serie C No. 233, párr. 226.

²⁹ Corte IDH, *caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C No. 239, párr. 282.

varios 912/2010 de la SCJN³⁰ como ejemplo de aplicación adecuada del control de convencionalidad.

El estándar de control de convencionalidad que originalmente se concibe como un mandato dirigido a las autoridades judiciales fue ampliado en el caso Cabrera y Montiel contra México. En dicha sentencia sostuvo la Corte IDH:

[...] cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, **todos sus órganos**, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces **y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles** están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos 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 Americana³¹. (énfasis agregado).

Este criterio según el cual todos los órganos del estado deben realizar un control de convencionalidad oficioso en el marco de sus respectivas competencias ha sido reiterado por la Corte IDH en los casos Gelman³², Chocrón Chocrón³³, López Mendoza³⁴, y Fontevecchia³⁵. Así, la Corte IDH expresa un avance en el alcance del control de convencionalidad en el que pone sobre todas las autoridades públicas de los Estados Partes la obligación de ajustarse a lo dispuesto en la normatividad internacional y realizar control de convencionalidad en el marco de sus competencias.

B. DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD³⁶

Como hemos anotado, el órgano de cierre del control de convencionalidad, en el marco del

³⁰ La Corte también cita como precedente relevante para resolver el caso Atala la sentencia del Pleno de la SCJN respecto de la Acción de Inconstitucionalidad A.I. 2/2010 del 16 de agosto de 2010, párr. 338.

³¹ Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C No. 220, párr. 225.

³² Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C No. 221, párr. 93.

³³ Corte IDH, caso *Chocrón Chocrón*, op. cit., párr. 164.

³⁴ Corte IDH, caso López Mendoza, op. cit., párr. 226.

³⁵ Ver, Corte IDH, caso *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, sentencia de 29 de noviembre de 2011, serie C No. 238, párr. 93.

³⁶ Es imperativo reconocer que quién mayores aportes ha realizado a este concepto de control difuso de convencionalidad es el Dr. Ferrer Mac-Gregor. Al respecto ver, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El Control difuso de convencionalidad...*, op. cit. Así mismo se deba hacer notar que en el modelo general para el control de constitucionalidad y convencionalidad establecido en el engrose del Varios 912/2010, el Pleno de la SCJN reconoce expresamente el control difuso de convencionalidad. Según se puede constatar en el ANEXO de este ensayo.

SIDH, es la Corte IDH. La propia Corte IDH se califica reiteradamente como “*intérprete última*” de la CADH. Así las cosas, la Corte IDH no puede realizar de manera exclusiva el control de convencionalidad porque el alcance de su competencia contenciosa no cubre más que una exigua proporción de los diferentes casos en los que día a día en nuestro hemisferio diferentes autoridades públicas se enfrentan a normas internas que violan los derechos humanos reconocidos en las constituciones o en el DIDH. Por ello el estándar de control de convencionalidad hace que las autoridades internas tengan la obligación de garantizar que el objeto y fin de los tratados se cumpla, enviando además con la adopción de este estándar el mensaje de que cualquier materia judicial o de otra índole puede estar relacionada con el ejercicio de sendos derechos humanos.

En suma, el SIDH cuenta con un “*control de convencionalidad concentrado*” que realiza la Corte IDH, en tanto órgano de cierre de convencionalidad, para la solución de casos concretos sometidos a su jurisdicción en los cuales podrá declarar la “inconvencionalidad” de una norma de derecho interno con efectos generales, ordenando al Estado retirar dicha norma de su sistema legal, entre otras opciones. Por otra parte, en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales, los jueces nacionales deben realizar un “*control difuso de convencionalidad*” y en casos concretos dejar de aplicar (inaplicar) aquellas normas que violan la CADH y otros instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos.

Entonces, el esquema del control de convencionalidad responde claramente al estándar de la Corte IDH según el cual el SIDH “*consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención [CADH] y de sancionar las infracciones que se cometieren*”, de tal manera que “*si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y esta Corte*”³⁷.

Entonces, en lo que respecta al ámbito del derecho interno (nivel nacional de protección), los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias, adecuadas y eficaces para que los derechos que establece el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos sean efectivamente respetados y garantizados a todas las personas y es en este punto en el que se encuentra el control difuso de convencionalidad como una medida específica de armonización del derecho interno respecto al DIDH.

Así las cosas, es importante reiterar que el control difuso de convencionalidad, al igual que el control difuso de constitucionalidad, imponen al operador jurídico nacional la obligación de respetar la interpretación que el respectivo órgano judicial de cierre ha realizado. Por ello ante la nueva realidad constitucional mexicana todas las autoridades judiciales deben buscar mecanismos para especializarse en derecho constitucional y en DIDH, de suerte que cualquiera que sea el ámbito de sus competencias las autoridades judiciales deberán conocer de manera amplia el derecho constitucional y las interpretaciones que de la Constitución han realizado los órganos del Poder Judicial Federal y además deberán conocer los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y las interpretaciones

³⁷ Corte IDH, *caso Palmeras vs. Colombia*, sentencia del 6 de diciembre de 2001, serie C No. 67, párr. 33.

que de éstos han realizado los organismos legitimados para este propósito (en el caso del orden interamericano nos referimos a la Comisión y a la Corte Interamericanas de Derechos Humanos). Éste es el nuevo bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos y el control difuso de convencionalidad reclama identificarlo claramente, conocerlo a profundidad y hacerlo operativo en todos los asuntos en los que estén involucrados derechos humanos.

C. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DESDE UN ANÁLISIS DE LEGE LATA: ARTÍCULOS 1.1 Y 2 DE LA CADH

La premisa explícita de la que parto, y que pretende ser el principal aporte para el análisis dogmático del estándar de control difuso de convencionalidad, es que dicho estándar y su naturaleza obligatoria surgen como un desarrollo jurisprudencial de las obligaciones estatales derivadas de los artículos 1.1 (obligaciones generales de respeto y garantía) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la CADH. Procederemos pues a precisar someramente el alcance de cada una de estas obligaciones indicando expresamente aquéllos componentes normativos que le dan sustento al control difuso de convencionalidad, retomando en lo que se requiera, el análisis de *sententia lata* que se presentó con anterioridad.

1. Obligaciones Generales de Respeto y Garantía. El artículo 1.1 de la CADH³⁸

A la luz del artículo 1.1 de la CADH los Estados están obligados a respetar y garantizar todos los derechos humanos a todas las personas sin discriminación alguna; de esta característica omnicomprendiva deriva su calificación de obligaciones generales. Tanto la obligación de respetar, como la de garantizar han sido desarrolladas ampliamente por la Corte IDH y por ende de su jurisprudencia se pueden precisar los siguientes elementos básicos.

a. Obligación de respetar los derechos humanos: esta obligación impone a las autoridades el deber de abstenerse de cualquier conducta que viole los derechos humanos. Así, la obligación de respetar tales derechos es una obligación negativa (de abstención/de no hacer).

b. Obligación de garantizar los derechos humanos: esta obligación implica que el Estado organice todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, para asegurar jurídicamente los

³⁸ El artículo en comento señala literalmente:

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

derechos humanos³⁹. La obligación de garantía además de la existencia de un orden normativo acorde con el DIDH, comparte la necesidad de una conducta de las autoridades estatales que asegure la eficacia del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁴⁰. El Estado debe actuar con la debida diligencia para generar las condiciones necesarias y adecuadas para que todas las personas puedan ejercer libremente todos sus derechos.

Además de lo anterior la obligación de garantizar los derechos humanos implica que los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de derechos humanos y procurar la reparación de los daños producidos cuando tales violaciones se presentan⁴¹. En este sentido, respecto al análisis de las violaciones a derechos humanos encontramos cuatro elementos que caracterizan los deberes del Estado respecto a la obligación de garantizar los derechos humanos de todas las personas sometidas a su jurisdicción, tales elementos son:

i. Deber de prevenir las violaciones a derechos humanos

Implica la obligación del Estado de adoptar todas las medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos⁴². En suma, la prevención implica la adopción de medidas para promover la salvaguarda de los derechos y además presupone que las violaciones graves a los derechos humanos sean consideradas como delitos en el orden interno⁴³. La misma Corte IDH ha precisado que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento, por lo que en cada caso se debe analizar si el Estado obró con la debida diligencia para asegurarle, a todas las personas, el ejercicio de sus derechos humanos.

Así las cosas, la norma de la debida diligencia para prevenir las violaciones a derechos humanos es el primer componente normativo que deriva del artículo 1.1 de la CADH en punto a la obligación de realizar un control difuso de convencionalidad ante la existencia de un orden normativo interno que sea contrario a las normas internacionales de derechos humanos y que de aplicarse se traduciría en violaciones concretas a tales derechos; por ello, tal como se dijo en el caso Almonacid Arellano vs. Chile “*cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al **deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma** y, consecuentemente, debe **abstenerse de aplicar** cualquier normativa contraria a ella*” (énfasis

³⁹ Ver Corte IDH, *caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*, sentencia de 26 de agosto de 2011, serie C No. 229, párr. 98; *Caso Ibsen Cárdenas*, op. cit., párr. 62; *caso Radilla Pacheco*, op. cit., párr. 142, y *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1998, serie C No. 4, párr. 166.

⁴⁰ Corte IDH, *caso Velásquez Rodríguez*, op. cit., párr. 167.

⁴¹ Corte IDH, *caso Torres Millacura*, op. cit., párr. 98; *Caso Ibsen Cárdenas* op. cit., párr. 62; *Caso Radilla*, op. cit., párr. 142, y *caso Velásquez Rodríguez*, op. cit., párr. 166.

⁴² Corte IDH, *caso Torres Millacura*, op. cit., párr. 99; *caso Gelman*, op. cit., párr. 77; *caso Gomes Lund*, , op. cit., párr. 106; *caso Velásquez Rodríguez*, op. cit., párr. 175.

⁴³ Corte IDH, *caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 252. y *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, sentencia de 22 de septiembre de 2009, serie C No. 202, párr. 63; *caso Velásquez Rodríguez* op. cit., párr. 166; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009, serie C No. 195, párr. 149.

agregado).

ii. Deber de investigar las violaciones a derechos humanos

La obligación de investigar las violaciones a derechos humanos, sin que sea una obligación de resultado, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa⁴⁴; dicha obligación entonces debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad, en la inteligencia de que ésta fomenta la repetición crónica de las violaciones a los derechos humanos⁴⁵. La investigación, en todo caso, debe iniciarse *ex officio* y sin dilación y debe ser seria, imparcial y efectiva, de suerte que se oriente a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo, en su caso, de todos los autores de los hechos.

iii. Deber de sancionar las violaciones a derechos humanos

Una vez ocurrida la violación, e investigada de manera seria, imparcial y efectiva por el Estado, corresponde a éste aplicar, a quien corresponda, una sanción proporcional a la gravedad de los hechos.

iv. Deber de reparar las violaciones a derechos humanos

La reparación del daño es un principio fundamental del derecho internacional, de naturaleza consuetudinaria, que regula la responsabilidad Estatal respecto a los daños que le sean imputables a éste⁴⁶; por ello, en casos de violaciones a derechos humanos corresponde al Estado asegurar a las víctimas una reparación integral, la cual debe incluir, según corresponda en cada caso, las siguientes medidas: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y **garantías de no repetición**⁴⁷.

⁴⁴ Corte IDH, *caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C No. 160, párr. 255; *caso Fernández Ortega*, op. cit., párr. 191; *caso Rosendo Cantú*, op. cit., párr. 175; *caso Gomez Lund*, op. cit., párr. 138; *caso Gelman*, op. cit., párr. 184; *caso Torres Millacura*, op. cit., párr. 112.

⁴⁵ Corte IDH, *caso Anzualdo Castro*, op. cit., párr. 179; *caso Garibaldi vs. Brasil*, sentencia de 23 de septiembre de 2009, serie C No. 203, párr. 141; *caso "Campo algodonero"*, op. cit., párr. 289; *caso Valle Jaramillo vs. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, serie C No. 192, párr. 100.

⁴⁶ Corte IDH, *caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, sentencia de 26 de mayo de 2001, serie C No. 77, párr. 62; *caso Chocrón*, op. cit., párr. 143, y *caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*, sentencia de 5 de julio de 2011, serie C No. 228, párr. 126; *caso López Mendoza*, op. cit., párr. 207.

⁴⁷ Para obtener información más detallada Ver, ONU, Asamblea General, Resolución 60/147, op. cit., párr. 19 y ss. Además BERISTAIN, Carlos Martín, *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones a derechos humanos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2009. Ver también

En la reparación integral encontramos un segundo componente normativo que deriva del artículo 1.1 de la CADH en punto a la obligación de las autoridades judiciales de realizar el control difuso de convencionalidad. Así, como vimos con anterioridad, en el caso de la Comunidad Indígena Xákmok y en los casos Farnández Ortega, Rosendo Cantú, Vélez Loor, Chocrón Chocrón, López Mendoza y Atala la Corte IDH precisó que el control de convencionalidad debe ser realizado, en el marco de la reparación integral, como una garantía de no repetición de las violaciones a derechos humanos.

2. Obligación de armonizar el Derecho Interno. Artículo 2 de la CADH

Previendo las incompatibilidades que los Estados puedan tener entre sus realidades internas (normativas y de otro carácter) frente al *corpus iuris* del DIDH, existe una obligación para todos los Estados de adoptar disposiciones que armonicen su derecho interno a la aludida preceptiva internacional. Así, el artículo 2⁴⁸ de la CADH establece la obligación de adecuar el derecho interno a las disposiciones de este tratado internacional, para garantizar los derechos en ella consagrados, lo anterior bajo el mandato perentorio según el cual las medidas adoptadas por el Estado han de ser efectivas (principio de *l'effet utile*)⁴⁹.

Tal adecuación implica la adopción de por lo menos dos clases de medidas “i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁵⁰. Como vimos, la premisa inicial de la Corte en el caso Almonacid, y en los subsiguientes, es que el legislador falla en su deber de adecuar el derecho interno, por lo que en este punto encontramos una evidente relación entre el artículo 2 de la CADH y el control difuso de convencionalidad.

Esta obligación de adecuar el derecho interno debe ser cumplida sin demora por el Estado, tal como se precisó en la Resolución 1701 de 2000, de la Asamblea General de la OEA, en la que ésta resolvió instar a todos los Estados Miembros de dicha Organización a que adopten “*las medidas legislativas o de otra índole, según el caso, que sean necesarias para asegurar la aplicación de las normas interamericanas de derechos humanos en el ámbito interno de los Estados*”⁵¹.

GUILLEROT, Julie, Reparaciones con Perspectiva de Género, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Primera Edición, 2009.

⁴⁸ En idéntico sentido se encuentra el Artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴⁹ Corte IDH, caso *La Cantuta*, op. cit., párr. párr. 171.

⁵⁰ *Ibidem*, párrafo 172.

⁵¹ OEA, Asamblea General, AG/RES. 1701 (XXX-O/00), *Evaluación del funcionamiento del Sistema Interamericano de protección y promoción de los Derechos Humanos para su perfeccionamiento y fortalecimiento*, 05 de Junio de 2000.

Al respecto, Dulitzky nos recuerda que muchas disposiciones del derecho internacional sólo son operativas si los Estados ponen en funcionamiento su sistema legal interno para darles eficacia, planteando de esta manera una “relación dialéctica” entre el derecho internacional y el derecho interno, relación que se resuelve según este autor reconociendo que “*la implementación de los derechos humanos bajo el derecho internacional es primariamente un asunto doméstico*”⁵². En palabras de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA “*los Estados tienen responsabilidades primordiales ineludibles: asegurar la vigencia de los derechos humanos en sus respectivos territorios y fungir como garantes de la permanencia, consolidación y efectividad del Sistema Interamericano en su conjunto*”⁵³.

En el mismo sentido, refiriéndose a la incorporación de las obligaciones internacionales en el ámbito interno, Grossman nos recuerda que el referido artículo 2 de la CADH exige que los Estados partes no sólo se comprometan a garantizar a todas las personas sujetas a su jurisdicción los derechos y libertades allí reconocidos sino también a dar efecto jurídico a esos derechos y libertades en el ámbito interno, y armonizar la interpretación de la legislación vigente⁵⁴.

a. La obligación de armonizar el derecho interno lato sensu

Cuando un Estado suscribe y ratifica tratados internacionales sobre derechos humanos (TIDH), adquiere una serie de obligaciones internacionales derivadas de dicho tratado. De esta suerte la firma y ratificación del tratado *per se* reflejan un compromiso del Estado ante la comunidad internacional para solucionar las dificultades que existen en su derecho interno y armonizarlo con el derecho internacional. Para cumplir esta obligación el Estado debe realizar adecuaciones legislativas (armonización *strictu sensu*) y adoptar otras medidas que le permitan **garantizar** los derechos reconocidos en los tratados. Es en este punto, como vimos, que se encuentran las medidas judiciales de control difuso de convencionalidad como medidas para armonizar el derecho interno al DIDH.

López y Sánchez plantean una interesante reflexión sobre lo que denominan “armonización horizontal” y que caracterizan por “*la utilización paralela y armónica de derecho nacional y de derecho internacional que, de contera, aumente los niveles de respeto efectivo*”

⁵² DULITZKY, Ariel, *Alcance de las Obligaciones Internacionales de los Derechos Humanos*, en MARTIN, Claudia, RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego, y GUEVARA, José (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, American University Washington College of Law, Universidad Iberoamericana y Distribuciones Fontamara, 2006, páginas 79-80.

⁵³ OEA, Consejo Permanente, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Documento CP/CAJP-1610/00 rev.2, *Diálogo sobre el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*, Informe del Presidente, 24 de abril de 2000, página 23.

⁵⁴ GROSSMAN, Claudio, *discurso pronunciado como presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el marco del diálogo sobre el perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 03 de Mayo de 2001, página 6.

de los derechos humanos de la población”⁵⁵. Como vemos, en la armonización horizontal, el DIDH no cumple un papel de mero referente hermenéutico, sino que tiene la vocación de sustentar normativamente las decisiones que tome cualquier autoridad del Estado, principio mismo que subyace al estándar de control de convencionalidad. Así las cosas, la armonización horizontal involucra directamente a las tres ramas del poder público (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), lo que en palabras de Flores se puede sintetizar señalando que “[1]as normas por sí solas no tienen la fuerza para ser eficaces, por lo que requieren de una implementación material, administrativa o estructural que otorgan los reglamentos y los actos administrativos de acompañamiento a tales normas, para su plena vigencia social. La interpretación realizada por las instancias jurisdiccionales competentes sirve de colofón para su cabal comprensión en el mundo de los hechos y supuestos jurídicos”⁵⁶.

Este es el sentido de las más recientes manifestaciones de la Corte IDH a partir del caso Cabrera y posteriormente en los casos Gelman, Chocrón Chocrón, López Mendoza, y Fontevecchia, en los que la Corte IDH precisó que **todos los órganos del Estado** deben realizar un control de convencionalidad.

b. La obligación de armonizar el Derecho interno stricto sensu ó adecuación normativa y la armonización judicial

Como nota introductoria en este punto debemos recordar que el legislador nacional cuenta con una amplia libertad de configuración legislativa, pero dicha libertad encuentra límites infranqueables en el principio de supremacía constitucional, dentro del cual actualmente se encuentra el conjunto de derechos humanos reconocidos por el párrafo primero del artículo 1º de la CPEUM. De esta suerte, la libertad de configuración del legislador en materia de derechos humanos, admite una limitación que depende tanto del nivel de precisión con que el constituyente y/o los tratados internacionales han determinado el contenido y alcance del derecho o garantía que se pretende desarrollar, como del desarrollo que la jurisprudencia o la doctrina de los organismos internacionales han realizado respecto de dicho derecho o garantía.

⁵⁵ LÓPEZ, Medina, Diego y SÁNCHEZ-Mejía, Astrid Liliana, *La armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Penal Colombiano*. Revista Colombiana de Derecho Internacional, N° 12 (Edición Especial), Bogotá, Colombia, 2008, página 331. Sostienen que dicha “armonización horizontal” implica múltiples oposiciones y dificultades tales como: **i)** fuertes reservas nacionalistas en los actores jurídicos especializados, frente a la armonización normativa; **ii)** incompreensión frente al papel de principios abstractos de derechos humanos, en los procesos de individualización judicial; **iii)** dificultades de consulta y comprensión de las fuentes y de la compleja red de instituciones internacionales y, finalmente, **iv)** un aumento desmedido del nivel de complejidad del derecho vigente, por parte de jueces sometidos a importantes cargas rutinarias de trabajo, que genera, así, excesiva incertidumbre sobre fuentes aplicables y argumentos permisibles.

⁵⁶ FLORES Mena, Rubén Jaime, *La cultura de los derechos humanos. Asignatura pendiente en el ámbito jurídico-formativo local*. Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México – Comisión Europea, abril de 2005, página 262.

El tema de la armonización legislativa del derecho interno no implica que para garantizar los derechos humanos reconocidos en el *corpus iuris* del DIDH, estos derechos deban ser reconducidos a un rango legal. La armonización legislativa obedece más bien a la necesidad de dinamizar la acción estatal, articulando los mandatos internacionales a las particularidades del orden interno y definiendo la forma como las autoridades del Estado deberán actuar para cumplir con sus compromisos internacionales. El sentido de esta obligación de armonización legislativa es que el Estado incorpore y cumpla con los mandatos imperativos del orden internacional en su legislación.

Así las cosas, la armonización legislativa, en el marco del artículo 2 de la CADH implica: i) la supresión de las normas que entrañen violación o los derechos y garantías previstos en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

Somos de la opinión de que las normas del DIDH actualmente son autoejecutables en México⁵⁷, siendo además parte de un bloque de constitucionalidad, sin embargo, el desarrollo legal es improrrogable como respuesta a una necesidad de darle vitalidad práctica a dichas normas en el país.

Lo anterior sin perjuicio de reconocer que una norma de un TIDH puede ser invocada (pese a que no tenga desarrollo legislativo) en un caso concreto en virtud de la referida autoejecutabilidad. A guisa de mero ejemplo citamos la norma consagrada en el artículo 5.4 de la CADH que en su tenor literal establece: “[1]os procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales...”; esta norma por su claridad no requeriría un desarrollo legal interno para ser ejecutada.

Existen otras normas internacionales que expresamente hacen remisión a las Constituciones y leyes de los Estados, como sería el caso del artículo 7.2 de la CADH que al efecto señala: “[n]adie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Por supuesto que estos ejemplos no deben llevarnos a concluir que sólo las normas que hacen remisión a la ley requieren armonización legislativa, pues muchas normas de los TIDH, que no hacen remisión directa a la Constitución o a la Ley de los Estados Parte, tienen un contenido abstracto. Ese contenido abstracto tiene la vocación (y en efecto así ha sucedido) de ser desarrollado mediante la jurisprudencia de instancias internacionales judiciales (como la Corte IDH) ó cuasi judiciales (como la CIDH y los Comités de la ONU).

⁵⁷ Recordemos con Loreta Ortiz (2005) que el gran jurista Latinoamericano Jiménez de Aréchaga menciona dos condiciones para que una norma sea “autoejecutiva”: “(...) primero, debe ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión a favor de un individuo que tenga interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso, y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación; en segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes”.

En síntesis, la constitucionalización de los Derechos Humanos (Derechos Fundamentales⁵⁸) de fuente internacional impone al legislador el deber de darle operatividad a los derechos y garantías regulando las materias específicas que se relacionan con éstos mediante la expedición de sendas Leyes concretas. Al respecto Ortiz plantea que “[1]a ventaja que presenta el sistema de transformación del tratado [TIDH] en ley, se finca en que las dificultades que se presentan en su aplicación interna se reducen; sin embargo se corre el riesgo de que al perder su identidad internacional, los jueces utilicen como criterios de interpretación los establecidos en el derecho interno y no los marcados por el derecho internacional, que resultan obligatorios en razón de las normas convencionales o consuetudinarias, sobre la materia”⁵⁹.

Empero, los riesgos advertidos son precisamente el sustento específico de la necesidad de realizar una **armonización judicial** que reconozca en el control difuso de convencionalidad una herramienta de armonización *lato sensu*. Es importante recordar en este punto que la premisa de la que parte el estándar de control de convencionalidad es que *ab initio* las autoridades judiciales están sometidas a las normas internas, empero “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”. Por ello, ante la falla del legislativo en la armonización *stricto sensu*, el poder judicial permanece vinculado, mediante su obligación de realizar el control difuso de convencionalidad como garantía de los derechos humanos, siendo de esta manera un mecanismo efectivo para la armonización *lato sensu* de las normas del derecho interno frente al DIDH.

III. EL CASO RADILLA PACHECO Y EL EXPEDIENTE VARIOS 912/2010

El señor Rosendo Radilla Pacheco, casado y padre de once hijas y un hijo, estuvo involucrado en diversas actividades en la vida política y en obras sociales en Atoyac de Álvarez, Guerrero. Componía “corridos” que relatan las luchas campesinas y sociales de la

⁵⁸ Respecto a la diferencia conceptual entre Derechos Fundamentales y Derechos Humanos, hacemos nuestra la explicación que ofrecen Uprimny y Parra al respecto. Sostienen los autores citados que “a nivel del derecho público interno, los contenidos propios de la tradición de los derechos humanos han sido incorporados en la mayoría de los ordenamientos constitucionales contemporáneos. Se habla entonces de los derechos constitucionales y fundamentales que son, en el plano constitucional, el equivalente jurídico de los derechos humanos, a nivel del derecho internacional público... [S]eñala Robert Alexy, que los derechos humanos son *suprapositivos* o *morales*, y que al ser incorporados en una Constitución “los derechos humanos se positivizan como *derechos fundamentales*”. Para el caso mexicano, entendiendo que los Derechos consagrados en los TIDH son parte del Bloque de Constitucionalidad, **los Derechos Humanos son Derechos Fundamentales**. Ver, UPRIMNY Yepes, Rodrigo; UPRIMNY Yepes, Inés Margarita; y PARRA Vera, Oscar Javier, “Derechos humanos y derecho internacional humanitario. Módulo de autoformación”, Consejo Superior de la Judicatura (Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”), enero de 2006, página 20.

⁵⁹ ORTIZ Ahlf, Loreta, *Armonización legislativa interna de las normas internacionales en materia de derechos humanos*. Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México – Comisión Europea, abril de 2005, página 294.

época. El 25 de agosto de 1974 el señor Radilla Pacheco, de 60 años de edad, y su hijo Rosendo Radilla Martínez, de 11 años de edad, fueron detenidos por autoridades militares mientras viajaban en un autobús desde Atoyac de Álvarez hacia Chilpancingo, capital del Estado de Guerrero. El autobús fue detenido en un retén militar en el que los soldados se llevaron al señor Rosendo Radilla Pacheco declarando que lo detenía porque “componía corridos”. A su hijo le permitieron regresar a casa. Diversas personas vieron al señor Radilla Pacheco con posterioridad a su detención bajo la custodia de diferentes autoridades y declararon que éste fue víctima de tortura. A la fecha se desconoce su paradero.

El 15 de noviembre de 2001 este caso fue presentado ante la CIDH, la cual conoció de él, concluyendo que el Estado mexicano era responsable por las violaciones imputadas y en consecuencia le remitió sendas recomendaciones. El 15 de marzo de 2008 la CIDH sometió este caso al conocimiento de la Corte IDH. La Corte profirió sentencia condenatoria contra el Estado mexicano el 23 de noviembre de 2009. En este caso la Corte IDH por primera vez establece específicamente que todas las autoridades judiciales mexicanas deben realizar un control de convencionalidad en los términos que ya vimos. Sin perjuicio de que el caso aborda otros temas de especial interés como las restricciones al fuero militar, en el presente ensayo nos ocupamos exclusivamente de lo relativo al control de convencionalidad sin negar los vínculos implícitos y explícitos que todos los temas de la sentencia tienen entre sí⁶⁰.

Hecha pública esta sentencia de la Corte IDH, el entonces Presidente de la SCJN, Ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia formuló una solicitud al Tribunal Pleno para que determinara el trámite que debía corresponder a la Sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco. Por Acuerdo de 27 de mayo de 2010, el Ministro Presidente ordenó la formación y el registro del expediente Varios 489/2010 y determinó turnarlo al Ministro José Ramón Cossío Díaz para que él lo estudiara y formulara el proyecto respectivo. Respecto a este Expediente Varios 489 el Pleno resolvió, *inter alia*, que la SCJN debería hacer una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco; siendo este punto resolutivo el que origina el Expediente Varios 912/2010, cuyo engrose se analiza.

La sentencia del Pleno de la SCJN (engrose) declara que las obligaciones concretas que debe realizar el Poder Judicial, en tanto parte del Estado mexicano, derivadas de la sentencia de la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco, son las siguientes:

- A) Los Jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
- B) Deberá restringirse la interpretación del fuero militar en casos concretos.
- C) El Poder Judicial de la Federación deberá implementar medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco.

⁶⁰ Para un análisis más detallado de la sentencia ver, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, El Control difuso de convencionalidad..., op. cit.

De estas tres obligaciones sólo analizaremos la primera, por coherencia temática del ensayo.

A. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD, EN LA SENTENCIA DEL VARIOS 912/2010 DE LA SCJN

El primer problema jurídico relacionado con el control de convencionalidad es resolver cómo debe realizarse dicho control en el caso mexicano, en donde derivado de una interpretación jurisprudencial, el control de constitucionalidad se ha ejercido de manera exclusiva por el Poder Judicial Federal mediante los mecanismos de amparo, controversias y acciones de inconstitucionalidad (además de lo concerniente al Tribunal Electoral respecto de su facultad de no aplicar las leyes sobre la materia de su competencia contrarias a la Constitución).

Así, respecto a la posibilidad de realizar un control difuso de constitucionalidad la sentencia parte de enunciar las diferentes construcciones (contradicciones) jurisprudenciales sobre la materia⁶¹. En este mismo punto el Pleno resalta la importancia del artículo 1º constitucional y especifica que los mandatos de este artículo “*deben leerse junto con lo establecido por el diverso artículo 133 de la Constitución Federal para determinar el marco dentro del que debe realizarse este control de convencionalidad, lo cual claramente será distinto al control concentrado que tradicionalmente operaba en nuestro sistema jurídico*”.

Continúa la sentencia explicando, a la luz de los artículos 133 y 1º de la CPEUM, los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Precisa en este mismo sentido la Corte que “*si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados sí **están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia***” (énfasis agregado)⁶².

La sentencia establece que el parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente:

- Todos los derechos humanos contenidos en la CPEUM (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;
- Todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte

⁶¹ Es importante precisar que la tesis No. I/2011 de la Décima Época precisa que con motivo de la entrada en vigor del artículo 1º de la CPEUM quedan sin efectos las tesis jurisprudenciales P./J. 73/99 y P./J. 74/99, las cuales se ocupaban del control difuso de constitucionalidad, declarando que el control judicial de la constitución era una atribución exclusiva del poder judicial de la federación y que el artículo 133 de la CPEUM no autoriza control difuso de constitucionalidad de las normas generales.

⁶² SCJN, Varios 912/2010, op. cit., párr. 29.

- Criterios vinculantes de la Corte IDH establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.

Así mismo, el control de constitucionalidad implica reconocer que *ab initio* existe una presunción de constitucionalidad de las leyes, y por ende el análisis en el control difuso, según la sentencia, debe seguir los siguientes pasos:

A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

Concluye en este punto la sentencia que actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con un modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada (control difuso).

El sistema de control en México es mixto: concentrado en una parte y difuso en otra y permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, los que fluyan hacia la Suprema Corte para que sea ésta la que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional.

IV. PROSPECTIVA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Como hemos visto el *control difuso de convencionalidad* es un mecanismo de garantía estatal

de los derechos humanos y de adecuación del derecho interno al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el contexto del SIDH. Sin embargo, el principio que subyace al control difuso de convencionalidad es el de efecto útil de la CADH, en tanto tratado internacional de derechos humanos cuyo objeto y fin es la plena vigencia de los derechos humanos por él reconocidos.

Así, no se debe perder de vista que México además de ser miembro de la OEA también lo es de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y en este contexto se ha hecho Parte de diferentes tratados internacionales sobre derechos humanos a los cuales también subyace el principio de efecto útil o de realización de su objeto y fin. Cada uno de los principales tratados sobre derechos humanos de la ONU cuenta con sendos mecanismos **convencionales** de supervisión de cumplimiento que, en tanto órganos cuasi-jurisdiccionales, establecen el contenido de los derechos humanos y las garantías establecidas en los tratados cuyo cumplimiento supervisan.

Así, es importante que desde ahora los operadores jurídicos empiecen a operativizar el estándar de control de convencionalidad tanto frente a las normas del sistema interamericano como frente a las normas del Sistema Universal y, consecuentemente frente a la jurisprudencia y la doctrina de los mecanismos convencionales de la ONU, para armonizar el derecho doméstico a las normas de los tratados que dichos mecanismos supervisan. México es Parte de los nueve tratados principales del sistema universal de protección y promoción de los derechos humanos, a saber:

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (desde 1975)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (desde 1981)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (desde 1981)
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (desde 1981)
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (desde 1986)
- Convención sobre los Derechos del Niño (desde 1990)
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (desde 1999)
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (desde 2007)
- Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (desde 2008).

Además de estos nueve tratados principales, México se ha hecho Parte de varios Protocolos que los complementan y desarrollan, a saber:

- Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (desde 2002)
- Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (desde 2002)

- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la venta de niños, la prostitución y la pornografía infantil (desde 2002)
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la participación de los niños en los conflictos armados (desde 2002)
- Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (desde 2005)
- Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo a la abolición de la pena de muerte (desde 2007)
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (desde 2007).

Así, cada uno de los nueve tratados principales cuenta con un Comité (mecanismo convencionalmente creado) que supervisa el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados Parte y que determina el contenido y alcance de las normas de dichos tratados. Además de los nueve Comités, el Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes crea un Subcomité para la prevención de la Tortura que es un mecanismo convencional, especializado en la materia referida.

No debemos perder de vista que tanto los tratados interamericanos como los del sistema de las Naciones Unidas que reconocen derechos humanos son normas que hacen parte del nuevo marco jurídico constitucional aplicable en México (bloque de constitucionalidad), de suerte que unos y otros juegan un papel central para la interpretación conforme y para la adecuada realización del principio *pro personae*. Por esta razón, si bien el concepto de control difuso de convencionalidad es un estándar interamericano, ello no es óbice para aplicarlo respecto de las normas del sistema universal, máxime cuando el fundamento jurídico de dicho control es la obligación de respeto y garantía y el principio de efecto útil, que son exactamente predicables tanto de los tratados interamericanos como de los universales. Así, concluimos en este punto que los fundamentos dogmáticos del control difuso de convencionalidad interamericano son exactamente idénticos a los referentes normativos de los tratados principales del Sistema Universal y específicamente del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en lo que se refiere a las obligaciones de respeto y garantía y al deber de armonizar el derecho interno.

Además de lo anterior, es de especial relevancia considerar que el sistema universal cuenta con varios tratados internacionales específicos que el interamericano no tiene, *verbi gratia* la Convención sobre los derechos del niño y sus dos protocolos adicionales. A no dudar que en un caso sobre cualquier materia (penal, familiar, etcétera) en el que se encuentren involucrados los derechos de las/os niñas/os la autoridad judicial deberá realizar *ex officio* y en el marco de sus respectivas competencias, un control de convencionalidad entre las normas de derecho interno aplicables al caso y las normas de la Convención de la ONU sobre la materia y sus dos Protocolos y para ello deberá considerar no sólo las normas de tales tratados, sino la interpretación que de éstos ha hecho el Comité sobre los Derechos del Niño, intérprete último respecto de dicha convención. Este enunciado con el que

ejemplificamos es predicable de cada uno de los tratados del Sistema Universal que reconocen derechos humanos y que están cubiertos por el principio de efecto útil.

Como podemos notar hay algunos tratados del sistema universal cuya materia coincide en mayor o menor medida con los tratados interamericanos, específicamente los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y DESC y las Convenciones sobre Desaparición Forzada, Tortura y protección de las Personas con Discapacidad (inclusive su Protocolo); además del Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP relativo a la abolición de la pena de muerte. Respecto de estas normas que se ocupan de regular la misma o similar materia, aunque en la práctica con alcances diferentes, el análisis de control de convencionalidad debe ser realizado de manera independiente y la conclusión en cada caso concreto debe realizarse sobre la base del principio *pro personae* entendiendo que muy probablemente se cuenta con múltiples normas nacionales e internacionales aplicables al caso por lo que el operador jurídico deberá preferir aquélla norma e interpretación que proteja en mayor medida los derechos humanos.

En este punto es muy importante precisar que las diferentes interpretaciones realizadas por los Comités de las Naciones Unidas y por la Corte IDH pueden contener la interpretación más protectora de los derechos humanos, pero hay muchos casos en donde las normas del propio país protegen en mayor medida los derechos, caso en el cual debe estarse a la norma interna, según se desprende del artículo 29 de la CADH y del principio *pro personae*, establecido en el artículo 1º de la CPEUM. Como se puede observar, el nuevo paradigma de derechos no pueden ser circunscrito a los tradicionales esquemas de identificación de las normas aplicables al caso concreto (tiempo, especialidad o jerarquía), pues la propia Constitución establece un mandato de optimización en el que se debe buscar en todo tiempo la protección más amplia de la persona humana, por lo que en los casos concretos podrá preferirse, por ejemplo, una norma jerárquicamente inferior (Leyes locales de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia) frente a una norma jerárquicamente superior (Ley General de Salud). En estos casos, no significa que se revirtió la jerarquía de las normas, sino que por mandato constitucional se inaplica la norma superior prefiriendo la inferior, que es convencional y constitucional respecto de aquélla que no lo es. Sin duda que para dicha inaplicación el funcionario judicial está obligado a realizar un control de convencionalidad de las normas de la Ley General de Salud, para el ejemplo concreto, respecto a las normas del PIDESC, del Protocolo de San Salvador, de la CEDAW, de la Convención de Belem do Pará y de la jurisprudencia y doctrina de los Comités respectivos y de la CIDH y la Corte IDH, con lo cual deberá argumentar por qué la norma que mejor protege los derechos es la norma jerárquicamente inferior, la cual se ajusta a los tratados internacionales o incluso es más protectora que éstos.

Este punto merece especial atención, pues los criterios de jerarquía, especialidad temporalidad de las normas no pierde su vigencia en el derecho mexicano, es únicamente respecto a la materia de derechos humanos que, en determinados los casos concretos, y sólo con efectos *inter partes* se pueden inaplicar unas normas y aplicar otras bajo el Principio *pro personae*, entendiendo que para poder llegar a la conclusión de que se inaplica una norma y se prefiere otra, la autoridad judicial previamente hizo un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad de las normas que inaplicará.

Sin duda que no es una tarea menor la que les corresponde a las autoridades judiciales, pero es evidente que una vez superada la etapa de actualización y especialización de las y los operadores jurídicos, el sistema mexicano tenderá cada vez de manera más estable a la mayor protección de la persona humana de suerte que los instrumentos internacionales tendrán una vigencia real en el país como constitutivos de un verdadero bloque de constitucionalidad.

V. ¿CÓMO REALIZAR EN LA PRÁCTICA EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD?

Sin perjuicio de reconocer que cada caso implica particularidades propias, consideramos que los siguientes pasos pueden ser una guía útil para el operador judicial respecto del cumplimiento de su obligación de realizar oficiosamente un control difuso de convencionalidad y constitucionalidad.

1. Reconocer y aceptar que los derechos humanos son normas transversales en la actividad judicial, por lo que muchas actuaciones en el marco del procedimiento pueden afectarlos.
2. Identificar los derechos humanos que puedan estar involucrados en una decisión concreta. Por ejemplo, si el funcionario judicial debe resolver sobre la medida cautelar de detención preventiva respecto de un justiciable en el ámbito de un proceso penal, debe entender que su decisión necesariamente se relaciona con el derecho humano a la libertad personal y con el debido proceso.
3. Delimitar claramente el problema jurídico que se debe resolver. Continuando con el ejemplo, supongamos que el Código de Procedimientos Penales del Estado (CPP) establece que en todos los delitos graves se ordenará la detención preventiva. Dicha norma del CPP evidentemente contraviene el principio de excepcionalidad de la privación de la libertad y la viola la presunción de inocencia, entre otros derechos. Por lo que el problema jurídico implícito es cómo determinar el alcance de la medida cautelar de privación de la libertad de un justiciable procesado por un delito grave.
4. Buscar las diferentes normas de derechos humanos aplicables. En este ejemplo, sin duda que el funcionario judicial deberá acudir por lo menos a los artículos 18 y 20.B de la CPEUM y a los artículos 7, 8 y 25 de la CADH y 9 y 14 del PIDCP. Así mismo, el funcionario judicial identificará las diferentes tesis del poder judicial respecto a las normas constitucionales implicadas en este caso y la jurisprudencia y doctrina de los órganos internacionales que interpretan y aplican los tratados involucrados, específicamente la Corte Interamericana, la Comisión Interamericana, y el Comité de Derechos Humanos de la ONU.
5. Revisar la adecuación normativa del CPP respecto de la Constitución Política (en este caso sí hay normas constitucionales aplicables, pero puede suceder que no haya una norma específica en el texto) para lo cual deben identificarse las diferentes tesis del poder judicial federal que han abordado la materia.
6. Identificar la solución del caso a la luz del texto constitucional. Si el CPP es contrario a las normas de la CPEUM y a las tesis del Poder Judicial de la Federación, deberá ser

inaplicado por inconstitucional, con lo cual se logra el control difuso de constitucionalidad.

7. Revisar la adecuación normativa del CPP respecto de la CADH (u otros tratados del sistema interamericano de los que México es Parte), para lo cual deberá tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Corte IDH y de la CIDH, ya se trate de sentencias contra México u otro Estado Parte en la CADH.
8. Identificar la solución del caso a la luz de los estándares interamericanos en la materia. Si el CPP es contrario a las normas de la CADH y a los precedentes de la Corte IDH, deberá ser declarado de esta manera y por ende inaplicado por ser violatorio de la CADH (inconvenional), con lo cual se logra el control difuso de convencionalidad respecto al estándar interamericano.
9. Revisar la adecuación normativa del CPP respecto del PIDCP (u otros tratados del sistema universal), para lo cual deberá tenerse en cuenta la jurisprudencia y la doctrina del Comité de Derechos Humanos y los demás Comités del sistema que se ocupen de la materia.
10. Identificar la solución del caso a la luz de los estándares universales en la materia. Si el CPP es contrario a las normas del PIDCP y a la jurisprudencia y doctrina del Comité de Derechos Humanos deberá ser declarado de esta manera y por ende inaplicado por ser violatorio del PIDCP (inconvenional), con lo cual se logra el control difuso de convencionalidad respecto al estándar universal.
11. Cruce de los controles de constitucionalidad y convencionalidad. Hechos los tres controles difusos de la norma (para el ejemplo), el operador judicial encontrará por lo menos las siguientes hipótesis posibles:
 - a. Que la norma esté ajustada a la Constitución, a la CADH y al PIDCP
 - b. Que la norma esté ajustada a la Constitución y a la CADH, pero no al PIDCP
 - c. Que la norma esté ajustada a la Constitución y al PIDCP, pero no a la CADH
 - d. Que la norma no esté ajustada a la Constitución ni a la CADH ni al PIDCP
 - e. Que la norma no esté ajustada a la Constitución ni a la CADH, pero sí al PIDCP
 - f. Que la norma no esté ajustada a la Constitución ni al PIDCP, pero sí a la CADH

Sin embargo, estas hipótesis por sí mismas no nos dan respuestas para el caso, salvo en las hipótesis a. y d. en las cuales, respectivamente, deberá aplicar ó desaplicar la norma del CPP. Sin perjuicio de las anteriores hipótesis el control de convencionalidad no es por sí mismo, salvo en casos evidentes, una herramienta de solución de contradicciones normativas, pero metodológicamente es muy útil para delimitarlas.

12. Aplicación del principio *pro personae*. Estando ante los supuestos b., c., e. y f. o cualesquiera otros que surjan en cada caso concreto, el operador judicial deberá retomar las diferentes soluciones identificadas en los pasos 6., 8. y 10., y a la luz de éstas encontrar la interpretación que proteja en mayor medida los derechos humanos *sub lite*.
13. Interpretación conforme. Seguidos estos pasos, el operador judicial podrá concluir con razón que su interpretación y solución del caso está conforme a la Constitución y a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Este modelo propuesto no excluye las modalidades de interpretación conforme en sentido amplio y en sentido en aquéllos casos

en que no es necesario inaplicar las normas, pero consideramos que el control de convencionalidad es una modalidad cualificada de interpretación conforme⁶³.

No cabe duda que pasar de un ejercicio de aplicación irreflexiva de la norma del CPP (para el ejemplo) a una interpretación conforme que esté mediada por un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad requiere de nuevas habilidades y conocimientos del operador judicial, pero éste es un paso imperativo en el proceso civilizatorio de nuestra sociedad, en el que la Democracia se fortalece a la luz de los derechos humanos y la dignidad humana asume el papel protagónico e insoslayable que debe tener en la administración de justicia.

⁶³ En idéntico sentido ver, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, El Control difuso de convencionalidad..., op. cit.

VI. ANEXO

MODELO GENERAL DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD

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

Fuente: tomado fielmente del engrose del Expediente Varios 912/2010.