

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD:
UN NUEVO DEBATE EN MÉXICO A PARTIR DE LA SENTENCIA
DEL CASO RADILLA PACHECO*
*CONVENTIONALITY CONTROL: A NEW DEBATE IN MEXICO
FROM RADILLA PACHECO JUDGMENT*

Karlos CASTILLA**

RESUMEN: La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco contra México puso al debate muchos temas, entre ellos, el relativo al llamado control de convencionalidad. De acuerdo con esa sentencia y algunos de sus precedentes, los tribunales nacionales deben ejercer dicho control. Sin embargo, un análisis cuidadoso nos muestra que ni la Corte Interamericana ni algunos doctrinarios que la siguen han logrado establecer con precisión y uniformidad qué implica, quién lo debe de llevar a cabo ni cómo se debe de hacer. Por ello, aquí intentamos desarrollar esos aspectos y proponemos la manera en que debería denominarse la actividad que el tribunal interamericano pide que ejerzan los tribunales nacionales en la región.

Palabras clave: Control de convencionalidad, Interpretación acorde a tratados, Corte Interamericana, tribunales nacionales, obligaciones internacionales, derechos humanos.

ABSTRACT: The Inter-American Court of Human Rights ruling against Mexico in the Radilla Pacheco case has activated the debate on a variety of important subjects, among them the so called "control of conventionality". According to this ruling and some of its precedents every national court must exercise such control. Nevertheless, a careful study shows that neither the Inter-American Court nor its analysts have managed to establish its implications with precision and uniformity. They have also failed to establish who is allowed to exercise it and how it shall be done. Therefore, here, we try to develop such aspects and propose a name for the activity that the national courts must do in accordance to the referred rule.

Descriptors: Control of Conventionality, Interpretation According to Treaties, Inter-American Court, National Courts, International Obligations, Human Rights.

RESUMÉ: La sentence de la Cour interaméricaine des Droits Humains dans le cas Radilla Pacheco contre le Mexique place le débat de nombreuses questions, entre ceux-ci, celles relatives au contrôle dénommé de conventionnalité. Conformément à cette sentence et certains de ses précédents, les Tribunaux Nationales doivent exercer ce contrôle. Toutefois, Une analyse soigneuse montre que ni la Cour Interaméricaine ou une doctrine qui ont encore réussi à établir avec précision et de cohérence avec ce qui est en cause, qui doit le faire ou comment ils devraient le faire. C'est pourquoi nous essayons de développer ces aspects et d'indiquer comment devrait être dénommé l'activité que la Cour Interaméricaine demande que les Tribunaux Nationales dans la région.

* Artículo recibido el 14 de mayo de 2010 y aceptado para su publicación el 22 de septiembre de 2010.

** Maestro en Derecho con estudios de posgrado en Derechos Humanos y Procesos de Democratización por la Universidad de Chile y en Derecho de la Administración y Procuración de Justicia por la UNAM.

SUMARIO: I. *A manera de introducción*. II. *Su origen y desarrollo. Del orden al caos en el control de convencionalidad*. III. *¿Quién debe hacer el control de convencionalidad?* IV. *La interpretación de derechos y libertades acorde a tratados, como especie de control de convencionalidad*. V. *Las herramientas para hacer una especie de control de convencionalidad*. VI. *Los retos para los tribunales mexicanos a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco*.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El 15 de diciembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) notificó a las partes su resolución dictada el 23 de noviembre del mismo año en el caso Radilla Pacheco. Ésta es la tercera sentencia de condena en contra del Estado mexicano en los últimos dos años y la cuarta sentencia que emite respecto a México ese órgano a diez años de haber sido reconocida su competencia contenciosa.¹

Los temas de que se ocupa la sentencia y la forma en que son desarrollados bien ameritan un análisis minucioso, ya que por ejemplo, conoce de hechos ocurridos en 1974 pese a que México ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos —que es la base normativa del funcionamiento del sistema interamericano— en 1981 y reconoció la competencia de la CoIDH el 16 de diciembre de 1998, por tratarse el caso de una violación continua o permanente como lo es la desaparición forzada de personas y las consecuencias de ésta, con lo cual, esa Corte cambia en parte sus criterios anteriores en casos similares a éste.² También destaca

¹ Las otras dos sentencias condenatorias son: Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman Vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de agosto de 2008, serie C, núm. 184; Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, No. 205. El primer caso del que conoció fue: Corte IDH, *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd Vs. México*, excepciones preliminares, sentencia de 3 de septiembre de 2004, serie C, núm. 113.

² Corte IDH, *Caso Blake Vs. Guatemala*, fondo, sentencia de 24 de enero de 1998, serie C, No. 36; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*; excepciones preliminares, sentencia del 23 de noviembre de 2004, serie C, núm. 118; *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de septiembre de 2006, serie C, no. 153; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154

que, en la parte considerativa determina que es inválida la reserva formulada por México a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, porque no satisface el primer requisito establecido en el artículo XIX de la misma, pero no ordena que sea retirada ni señala nada a ese respecto en las medidas de reparación ni en los resolutivos de la sentencia. O bien, que teniendo elementos suficientes para pronunciarse respecto al artículo 13 de la Convención Americana en cuanto al acceso a la información bajo control del Estado,³ se limitó a reconocer el derecho de acceso al expediente por las víctimas como parte de las garantías del debido proceso sin avanzar en el sentido que ya lo había hecho en el caso *Claude Reyes*.⁴

Pero además de esos y otros tantos temas más que pueden derivar del trámite y sentencia del caso *Radilla Pacheco*, ésta también se distingue por ser la primera resolución dictada en contra de México en la cual se vincula directamente al Poder Judicial de la Federación al cumplimiento de algunas medidas de reparación, así como que también por primera vez se hace mención en una sentencia dirigida al Estado mexicano del *control de convencionalidad* que deben ejercer los jueces y tribunales nacionales.

Las medidas de reparación pueden ser discutidas por los términos en que se formularon, no obstante, de conformidad con el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Estado mexicano tiene el compromiso de cumplir con las decisiones que emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que de una u otra forma se tendrán que llevar a cabo.

Sin embargo, el tema relativo al *control de convencionalidad* se muestra como una cuestión más complicada, ya que no es ordenado como medida de reparación ni como obligación directa, pero sí se encuentra en el texto de la sentencia como parte de las consideraciones relativas al análisis de las medidas de satisfacción y garantías de no repetición determinadas como parte de las medidas de reparación, y de manera específica, respecto a la determinación que tomó la CoIDH en cuanto a que no debía ser modificado el artículo 13 de la Constitución Política de los

y *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C, no. 186.

³ Véanse párrafos 252 a 259 de la sentencia *Radilla Pacheco*.

⁴ Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 151, párrs, 88 a 102.

Estados Unidos Mexicanos, relativo al fuero de guerra, al considerar que el problema planteado en el caso bajo análisis estaba en el artículo 57 del Código de Justicia Militar y no en el texto constitucional.

Con ese panorama, a continuación desarrollaremos algunas ideas relacionadas con el llamado *control de convencionalidad*, que van desde determinar de dónde y cuándo surge ese término, y quién lo debe llevar a cabo, así como establecer qué es, lo que implica, la naturaleza y efectos que tiene en general y en el caso Radilla Pacheco, y las formas en que se puede llevar a cabo, en el entendido de que es una figura del derecho internacional de los derechos humanos que busca implementarse en el ámbito interno de los Estados y que de manera específica va dirigida a los poderes judiciales de la región. En este análisis propondremos lo que en nuestra consideración es una mejor forma de denominarlo cuando se pretende que lo hagan los tribunales nacionales y señalaremos algunas ideas respecto a otros elementos que están estrechamente vinculados con éste, como lo es determinar qué es jurisprudencia para efectos del sistema interamericano y cómo debe utilizarse.

II. SU ORIGEN Y DESARROLLO.

DEL ORDEN AL CAOS EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos, no es ninguna novedad, ya que, tal vez no con ese término pero sí en cuanto a objetivo y fines, su origen se remonta al momento en que entró en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁵ al encontrarse prevista en el artículo 62.1 y .3 de ese tratado la competencia en ese ámbito de la CoIDH. Esto es así, porque ahí se dispone expresamente que la Corte Interamericana tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la *interpretación y aplicación* de las disposiciones de la CADH que le sea sometido a su consideración,⁶ esto es, que el tribunal interamericano es el encargado de revisar que los actos y hechos de los Estados que han reconocido su competencia se ajusten a las disposiciones de la Convención Americana, de vigilar que el hacer o no

⁵ 18 de julio de 1978, de conformidad con el artículo 74.2 de la propia Convención.

⁶ Objetivo que se confirma en el artículo 1o. de su Estatuto, aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

hacer de los Estados se ajuste a la regularidad del tratado y, con ello, de asegurar y hacer efectiva la supremacía de éste.

La Corte Interamericana de conformidad con los procedimientos existentes en el sistema interamericano de derechos humanos,⁷ así como el reconocimiento que le dieron los Estados al aprobar la Convención Americana y su Estatuto, es la intérprete más autorizada de aquella, quien en última instancia establece qué alcance y sentido tiene un derecho o libertad allí contenido. Es lo que un tribunal constitucional representa en un Estado.

En ese sentido, en nuestra consideración, el control de convencionalidad está claramente previsto desde el origen mismo del sistema interamericano, es una función esencial de la Corte Interamericana⁸ y no es ningún reciente descubrimiento jurídico y mucho menos una nueva competencia como algunos afirman.⁹

Incluso, el supuesto control de convencionalidad a cargo de los poderes judiciales nacionales, que en nuestra consideración no es más que una *interpretación de derecho y libertades acorde a tratados*, porque el control de convencionalidad como tal sólo lo tiene la Corte Interamericana, tampoco es una situación novedosa. Éste encuentra su fundamento, nuevamente circunscribiéndonos al ámbito del sistema interamericano, en la ratificación o adhesión que un Estado hace a la Convención Americana, ya que con ello se obliga a respetar los derechos y libertades reconocidos en ésta y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción,¹⁰ así como a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades,¹¹ donde lógicamente se incluyen las medidas de tipo jurisdiccional.

En ese sentido, desde que un Estado es parte a la Convención Americana, y en general a cualquier tratado, tiene la obligación de respetar y aplicar las disposiciones ahí contenidas, pues si ésta se aprobó y ratificó

⁷ Artículos 48 a 50 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

⁸ Cfr. Albanese, Susana, *Garantías judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 2007, pp. 346 y 347.

⁹ Cfr. Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008, pp. 41 a 46.

¹⁰ Artículo 1.1 de la CADH.

¹¹ Cfr. artículo 2o. de la CADH.

de conformidad con las disposiciones constitucionales, el tratado ya es parte del sistema normativo nacional, es una norma más que debe ser observada y aplicada, una norma que de conformidad con los procedimientos constitucionales debe ser efectiva. Es una norma que el Poder Judicial en cualquiera de sus manifestaciones debe conocer, aplicar e interpretar.

El lugar que ocupen los tratados en el entramado jurídico hará que su análisis y contraste esté antes o después de cualquier otra ley; antes, después o igual que las normas constitucionales, pero desde que forman parte del orden jurídico nacional deben ser aplicados, observados y servir como referente para interpretar los alcances de un derecho o libertad, pero insistimos, su participación se dará siempre dependiendo en dónde estén ubicadas en la *jerarquía* normativa si no se utiliza ni reconoce el principio *pro persona*.

Así, si como en el caso de México, los tratados internacionales se ubican por debajo de la Constitución y por encima de las demás leyes,¹² ninguna ley puede ser contraria ni afectar los derechos y libertades contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y ésta, al haber sido aprobada de conformidad con la Constitución, presupone que no puede oponerse al contenido de ésta última, pues lo contrario no habría permitido su incorporación al sistema normativo del Estado. Por lo que el Poder Judicial, en cualquiera de sus niveles, está obligado, por lo antes dicho, a que en caso de que una ley o acto se opongan al contenido del tratado, ordenar que éstos se dejen de aplicar o ejecutar por contravenir lo dispuesto en una norma de mayor jerarquía, como ocurre normalmente en el caso que los jueces analizan el contenido de reglamentos frente a las leyes o de leyes de diferentes jerarquías normativas.

Ahora bien, si posterior a la incorporación del tratado al sistema jurídico nacional, la Constitución incorpora un cambio que resulta contrario a la obligación internacional contraída o no se ha cumplido con la obligación de adecuar el orden nacional a los parámetros internacionales, en

¹² Véase la tesis aislada P. IX/2007, “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 6; tesis aislada P. LXXVII/99, TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, noviembre de 1999, p. 46.

nuestra opinión sólo se tendrían dos opciones: a) denunciar el tratado,¹³ o b) afrontar la responsabilidad internacional que se le podría determinar al Estado y sus consecuencias, pues el momento para excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación al Estado —interponer alguna reserva— se tuvo al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar el tratado o al adherirse a éste.¹⁴

Como se puede observar, el control de convencionalidad en el ámbito internacional no tiene ningún problema, pues se da de manera continua, no sólo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino prácticamente ante cualquier tribunal internacional en el ámbito de sus competencias.

Pero en el ámbito interno, la situación no es igual, ya que en muchos países y más para los poderes judiciales el derecho de origen internacional incorporado en sus sistemas jurídicos prácticamente no existe y mucho menos observan y cumplen con lo que aquí hemos señalado.

Ante esa realidad de que el Poder Judicial es uno de los componentes del Estado que más difíciles son de abrir ante la realidad que muestra el derecho de origen internacional, nos parece normal que la Corte Interamericana de Derechos Humanos buscara una fórmula para lograr que dicho Poder se sienta involucrado y obligado a observar y cumplir con lo que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás tratados que hoy integran el *corpus juris* del sistema regional americano,¹⁵ por lo que en 2006, en la sentencia del caso *Almonacid Arellano* introdujo por primera vez como órgano el término *control de convencionalidad*.

¹³ De conformidad con el artículo 44.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el derecho de una parte, previsto en un tratado o emanado del artículo 56, a denunciar ese tratado, retirarse de él o suspender su aplicación no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto.

¹⁴ *Cfr.* artículo 2o., inciso d de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹⁵ Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”; Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

En esa ocasión, la Corte Interamericana señaló que:

... es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean 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

De lo establecido por la Corte Interamericana, resulta evidente que nos asiste la razón, pues la utilización del término *control de convencionalidad* sólo se acuñó con el fin de poner énfasis en una actividad que tienen que llevar a cabo los poderes judiciales —como el propio texto lo dice y nosotros antes lo afirmamos— a partir de que un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, al estar obligados a velar porque los efectos de las disposiciones de dicha Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

Lo que pide la Corte Interamericana a los jueces no es en realidad un *control de convencionalidad*, sino que cumplan con sus obligaciones, lo cual se traduce en aplicar las disposiciones de los tratados interamericanos, en *interpretar derechos y libertades de conformidad con los tratados*, esto es, en interpretar las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos velando que se respete lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para que lo ahí dispuesto no se vea mermado por la aplicación de leyes contrarias al objeto y fin de ese y todos los tratados interamericanos.

¹⁶ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 124.

Pero insistimos, el control de convencionalidad como tal sólo puede ser llevado a cabo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien sí puede establecer si alguna ley, incluida la Constitución de un Estado —por ser ésta en el plano internacional tan solo un hecho más—¹⁷ es contraria a la Convención Americana.

Las primeras veces que fue utilizado el término *control de convencionalidad* en las sentencias de la Corte Interamericana apoyan lo que venimos afirmando. Pero antes de decir porqué, debemos señalar que contrario a lo que muchos afirman,¹⁸ el término *control de convencionalidad* fue introducido en la Corte Interamericana por medio de los votos de los jueces que la integran,¹⁹ tres años antes de que se utilizara por primera vez en el caso antes señalado, por lo que carece de veracidad la afirmación de que en el caso Almonacid fue introducido el término en el sistema interamericano, aunque sí es cierto que en ese caso sea la primera vez que toda la Corte lo suscribe.

Así, la primera vez que lo encontramos es en el voto concurrente del juez García Ramírez en la sentencia del caso Mack Chang.²⁰ Ahí, es claro que se está reconociendo dicho control de convencionalidad exclusivamente a la Corte Interamericana, pues se señala que:

¹⁷ Cfr. Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso de Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca*, 1926, series A, núm. 7.

¹⁸ Véase Sagüés, Néstor P., “El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”, *La Ley*, Buenos Aires, año LXXIII, núm. 35, febrero de 2009, p. 1; Fuentes Torrijo, Ximena, “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, *Revista de Economía y Derecho*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, núm. 15, invierno 2007, p. 27; Galvis Patiño, María Clara y Salazar, Katya, “La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales”, *Los caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 8; Palacio de Caeiro, Silvia B., “El control de convencionalidad y los convenios de la OIT”, *La Ley*, año LXXIII, núm. 133, Buenos Aires, julio de 2009, p. 1; Albanese, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 15, entre otros.

¹⁹ Cfr. Hitters, Juan Carlos, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 7, núm. 2, 2009, p. 110.

²⁰ Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C, núm. 101.

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera *del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.*²¹

Un año más tarde, el mismo juez volvió a utilizar el término en el caso *Tibi*²² reconociendo exclusivamente ese control al tribunal interamericano y para ello, compara al igual que nosotros, la labor que éste tiene con la de un tribunal constitucional en el control de la constitucionalidad, señalando que:

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos.²³

El anterior señalamiento nos permite insistir en lo que venimos diciendo, esto es, que el control de convencionalidad está reservado a la Corte Interamericana y por tanto, es la única que puede resolver en el sistema interamericano acerca de la *convencionalidad* de los actos de los Estados.

El mismo juez en un voto razonado en el caso *López Álvarez* siguió bajo esa línea de análisis señalando que la Corte Interamericana es quien verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención, es decir, que es el órgano que practica el *control de convencionalidad*.²⁴

²¹ *Ibidem*, *Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez*, párr. 27 (las cursivas las agregamos nosotros).

²² Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114.

²³ *Ibidem*, *Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez*, párr. 3.

²⁴ *Cfr.* Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1o. de febrero de 2006, serie C, núm. 141, *voto razonado del juez Sergio García Ramírez*, párr. 30

Posterior a esos casos y con el sentido que ha quedado detallado, encontramos ya el uso que le da la Corte Interamericana a ese término en el caso Almonacid Arellano. Destacando en esa primera utilización por toda la CoIDH que ésta establece que el Poder Judicial debe ejercer *una especie* de control de convencionalidad. Esto es, no se aparta del sentido que antes le había dado uno de sus integrantes y mantiene la idea de que los jueces nacionales ejercen tan solo una especie de control de convencionalidad, pero en esa primera utilización en el texto de una sentencia, se reserva tal control a su competencia. En nuestra opinión, esa *especie* se trata de lo que aquí ya hemos señalado como la obligación de observar y aplicar el contenido de la Convención Americana por medio de una *interpretación de derechos y libertades acorde al tratado*, pero nunca un control de convencionalidad como tal, pues como hemos señalado, desde el ámbito interno eso no resulta sencillo por la jerarquía normativa establecida, ni siquiera cuando se otorga el mismo nivel jerárquico a los tratados y la Constitución, ni aún con la utilización del principio *pro persona*, por la sencilla razón de que los jueces nacionales no pueden declarar como *inconvenional* una ley o acto, ya que no les está autorizado, pudiendo hacer siempre y por la obligación que tienen, sólo la interpretación antes señalada.

Una razón más para negar la posibilidad de que los jueces y tribunales nacionales lleven a cabo el control de convencionalidad nos la aporta el propio ex presidente de la CoIDH, García Ramírez, en su voto del caso Vargas Areco,²⁵ que es el inmediato siguiente al caso Almonacid Arellano. Ahí, de manera muy puntual precisa que:

El *juez de convencionalidad* no se erige, por esta vía, en legislador o juzgador nacional, sino aprecia los actos de aquéllos al amparo de la Convención, aunque detenga su análisis en ese ejercicio de mera apreciación y no llegue a fijar, por su parte, medidas cuya determinación específica incumbe al Estado, principalmente si existen... límites derivados del acto de reconocimiento de la competencia de la Corte.

No obstante todo lo anterior, en el caso Trabajadores Cesados del Congreso, la Corte Interamericana se separa en gran medida de lo que había dicho tan solo unos casos antes y señala que los órganos del Poder Judi-

²⁵ Corte IDH, *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 155.

cial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana.²⁶ Sin embargo, aun con esa nueva obligación que impone a los *órganos* del Poder Judicial, ésta no se da de manera libre y total de forma que se pudiera equiparar a la competencia que tiene la propia Corte, ya que el referido control de convencionalidad queda limitado a que se lleve a cabo en el marco de las respectivas competencias de esos *órganos* y de las regulaciones procesales correspondientes. Con esa limitación, en parte se contradice la CoIDH y mete en problemas a los poderes judiciales, pues por una parte, ordena que sea *ex officio* pero, por la otra, que se haga de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes, lo cual sin duda puede dejar sin efectos el control de oficio si procesalmente ello no se autoriza a los jueces en las normas de origen nacional que regulan esos aspectos.

Además, esa obligación tal parece que sólo se dirige a los *órganos* del Poder Judicial que ejercen *control de constitucionalidad*, pero no a los que no están facultados para ello, pues de entender lo contrario ¿acaso la CoIDH además de ordenar control de convencionalidad, también ordena y faculta a que todos los jueces y tribunales desarrollen el control de constitucionalidad? Si un Estado tiene un control centralizado de constitucionalidad ¿la Corte Interamericana puede ordenar que a partir de su determinación se lleve a cabo un control difuso? Como creemos que las respuestas a esas dos preguntas son en sentido negativo, nos parece claro que en todo caso la obligación de llevar a cabo el *control de convencionalidad* lo reserva el tribunal interamericano sólo a aquellos *órganos* que ejercen en los Estados el *control de constitucionalidad*.

Esto no significa que los jueces y tribunales que no ejercen control de constitucionalidad no tengan la obligación de observar y aplicar lo establecido en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino que éstos deben llevar a cabo —como una práctica común derivada de ser parte a los tratados internacionales y dichos tratados ser componente relevante del orden jurídico interno— una *interpretación de derechos y libertades acorde a éstos* y quien puede ejercer el control de convencionalidad es el juez que en la legislación interna esté facultado para hacer el

²⁶ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie c, núm. 158, párr. 128.

control de constitucionalidad. Sin embargo, esto sólo es una apreciación nuestra, ya que en ninguno de los casos posteriores a este señalamiento la CoIDH ha precisado ese aspecto.

Posterior a esa decisión, en el caso La Cantuta la Corte Interamericana mantuvo el mismo criterio antes referido,²⁷ pero un año después en el caso Boyce regresó a la idea de *una especie de control de convencionalidad*.²⁸

Al año siguiente de la sentencia de caso Boyce, en el caso Heliodoro Portugal, el tribunal interamericano señaló que dicho control de convencionalidad se refiere a que cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.²⁹ Con esto se aparta nuevamente de lo que sostuvo en los casos Trabajadores Cesados del Congreso y La Cantuta, manteniéndose más cercana a la idea de la *especie* de convencionalidad al sólo buscar que se garantice el efecto útil de los instrumentos internacionales por parte del juzgador, sin llegar a un estricto control de convencionalidad.

Finalmente, un año después del caso Heliodoro Portugal, ya en el caso Radilla Pacheco contra México, la CoIDH vuelve al criterio relativo a la obligación categórica en los mismos términos y con las mismas deficiencias conceptuales que en La Cantuta y los Trabajadores Cesados del Congreso, salvo que en éste no repite que los órganos del Poder Judicial deben hacer el control de convencionalidad como obligados están a hacer el de constitucionalidad.

Así, pese a que hay quienes señalan que es claro quién debe hacer el *control de convencionalidad* e incluso lo clasifican para su estudio, aunque omiten el análisis de toda la jurisprudencia donde expresamente se recoge el tema,³⁰ para nosotros y, por lo visto, para lo propia Corte Interamericana de Derechos Humanos no es claro aún quién debe llevarlo a

²⁷ Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162, párr. 173.

²⁸ Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2007, serie C, núm. 169, párr. 78.

²⁹ Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 180.

³⁰ Véase Rey Cantor, Ernesto, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

cabo, como tampoco lo es la naturaleza que tiene la actividad que deben desempeñar en ese sentido los jueces y tribunales nacionales, esto es, si es un control de convencionalidad del tipo que está llamada a desempeñar originariamente esa Corte, o si bien, es sólo, como también lo ha dicho ese tribunal, una *especie* de control de convencionalidad. De igual manera si esa labor está encargada a todos los jueces nacionales o si está reservada, como parece que lo dice la Corte Interamericana en algunas de sus decisiones, a los jueces que tienen a su cargo el control de constitucionalidad en el Estado.

Ante este panorama que partía ordenado desde el origen y contenido de la Convención Americana y hasta la sentencia del caso Almonacid Arellano, pero que se ha convertido un tanto caótico por los constantes cambios de criterio del referido tribunal y la falta de claridad en la escasa doctrina que respecto a este tema existe, a continuación trataremos de precisar el quién, cómo y dónde del *control de convencionalidad* y de la *interpretación de derechos y libertades acorde a tratados*. Insistiendo en que el término control de convencionalidad debe reservarse sólo a la labor que desempeña la CoIDH, como más adelante demostraremos el porqué.

III. ¿QUIÉN DEBE HACER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

La respuesta a la interrogante con que identificamos este apartado es una respuesta sencilla que no requiere de mayor elaboración, ya que el *control de convencionalidad* o *control de tratados* está depositado en los tribunales internacionales, al ser éstos los únicos con competencia para determinar cuándo un acto u omisión de un Estado se contrapone a la obligación internacional adquirida por éste al firmar, ratificar o adherirse a un instrumento internacional. Los tribunales internacionales son los únicos que pueden determinar cuándo un hecho o acto imputable a un Estado es incompatible con el contenido de la norma internacional, así como los únicos facultados, a partir de esa determinación, para establecer la responsabilidad internacional del Estado y las consecuencias que de ésta derivan.

La jurisdicción internacional es la interprete final de los tratados respecto a los cuales tiene competencia, nadie más que los tribunales internacionales pueden decidir sobre el incumplimiento de una obligación

internacional, son los únicos autorizados en ese sentido, a tal grado que el fallo que emiten en un caso es definitivo y sin apelación.³¹ El control de convencionalidad constituye su función esencial, toda vez que no se erigen en funcionarios, legisladores o jueces nacionales, sino que interpretan los actos internos al amparo de la Convención.³²

En sentido similar a lo antes señalado se manifestó el ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, García Ramírez, incluso en su voto razonado del caso *Trabajadores Cesados del Congreso*, al señalar que:

[el] “control de convencionalidad” [está] depositado en tribunales internacionales —o supranacionales—, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella.³³

En el sistema interamericano de derechos humanos esto se confirma no sólo por el contenido del artículo 62.1 y .3 de la Convención Americana, sino también por el contenido del artículo 2 de ese tratado, ya que como lo señala el también ex presidente de la Corte Interamericana, Antônio Augusto Cançado Trindade, la obligación de armonizar el ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención Americana, abre efectivamente la posibilidad de un “control de convencionalidad”, con miras a determinar si los Estados partes han efectivamente cumplido o no la obligación general del artículo 2o. de la Convención Americana, así como la del artículo 1.1.³⁴ Con lo que resulta claro que, sólo la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en el sistema interamericano— puede

³¹ Cfr. Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 661, y véanse a manera de ejemplo los artículos 67 de la CADH y 60 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

³² Cfr. Albanese, Susana, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

³³ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, párr. 5.

³⁴ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, solicitud de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de noviembre de 2007, serie C, núm. 174, *voto disidente del juez A.A. Cançado Trindade*, párr. 9.

determinar si se ha cumplido o no con una obligación internacional y por tanto, la única que puede hacer el control de convencionalidad.

Ernesto Rey Cantor en su libro *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*,³⁵ como uno de los autores más seguidos en este tema, define al control de convencionalidad como:

un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento de que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados —aplicables—, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un *examen de confrontación normativo* (derecho interno con el tratado), en un caso concreto... con el objeto de garantizar la supremacía de la Convención Americana.

Nosotros compartimos en esencia esa definición, pues nos aporta elementos que reafirman que el control de convencionalidad sólo puede ser llevado a cabo, en el caso del sistema interamericano, por la CoIDH y que los jueces nacionales pueden hacer una *especie* de control de convencionalidad pero no control de convencionalidad.³⁶

Esto es así, porque el control de convencionalidad conlleva los siguientes elementos caracterizadores:

- 1) Vigencia de un tratado internacional.
- 2) Competencia de un órgano internacional para conocer de la interpretación, aplicación y solución de controversias del referido tratado.
- 3) Primacía del tratado internacional sobre cualquier otra norma, incluida la Constitución, que es vista sólo como un hecho más, ve-lando porque el objeto y fin del tratado no sea afectado por otras normas, actos y hechos.
- 4) Contraste del tratado con la totalidad de actos y hechos del Estado.

³⁵ *Op. cit.*, p. 46.

³⁶ Sabemos que desde el punto de vista lógico esta afirmación puede ser criticada, por ser lógicamente imposible. Sin embargo, usamos esas expresiones sólo con el fin de establecer que los tribunales pueden hacer algo parecido al control de convencionalidad por los fines que se buscan, pero no éste, además de que lo usamos con el fin de mantener la idea que lanzó y puso inicialmente a debate la Corte Interamericana y que es la que en todo caso compartimos.

- 5) Determinación del incumplimiento o no de una obligación internacional.
- 6) Determinación de responsabilidad internacional y sus consecuencias, ante el incumplimiento de la obligación internacional.

De todo lo antes señalado resulta claro que el tribunal interamericano desde su origen viene haciendo esta labor y bajo esas características. Aunque la terminología aludida, esto es, *control de convencionalidad* ha sido utilizada en los últimos tiempos a partir de los asuntos que ya hemos citado.³⁷

Esto no significa que el Poder Judicial, que los jueces y tribunales nacionales no estén obligados a aplicar e interpretar el contenido de los tratados internacionales, a velar porque los efectos de las disposiciones de los instrumentos interamericanos no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, ni que no puedan analizar la compatibilidad entre las leyes internas con dichos instrumentos, toda vez que a todo ello están obligados desde el momento en que las normas de origen internacional se incorporan al sistema nacional al que se encuentran vinculados, al orden jurídico nacional que están llamados a respetar, aplicar e interpretar como órganos jurisdiccionales.

Pero sí, sin duda alguna, nos parece difícil de entender cómo el Poder Judicial podría establecer que el Legislativo o Ejecutivo están incumpliendo una obligación internacional que les hace que incurran en responsabilidad de esa naturaleza o que puedan declarar que la Constitución o una de sus normas es contraria a un tratado internacional y opten por la aplicación de éste y la inaplicación de la norma constitucional, más cuando en la mayoría de los casos al interior de los Estados la norma suprema es la Constitución. Y peor aún, que cualquier juez pudiera hacer esto y decidir en los sentidos que han sido antes indicados.

Pese a que la Corte Interamericana y algunos de sus integrantes han establecido en más de una oportunidad la idea relativa a que los órganos del Poder Judicial deben hacer este control de convencionalidad y que gran parte de la doctrina los ha seguido sin el menor cuestionamiento aun cuando ese criterio no ha sido uniforme, los avances y retrocesos que ha tenido y la inestabilidad con que se maneja nos hace dudar que en verdad

³⁷ Cfr. Hitters, Juan Carlos, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad*, cit., p. 124.

la CoIDH esté convencida de *autorizar* a todos los jueces y tribunales a que lo llevan a cabo. Nosotros optamos por ser más cautos en la asignación de esa función y preferimos reservarla al tribunal interamericano a fin de no desnaturalizarla, previniendo con ello que los Estados la consideren como propia no para proteger los derechos humanos, sino como una forma de evadir su responsabilidad internacional al amparo de un control de convencionalidad interno, en aquellos derechos y temas que ya están presentes en los Estados pero aún no llegan ante la Corte Interamericana y respecto a los cuales no hay interpretación de ésta que atender más allá del tratado.

Y nos parece que no somos los únicos cautos, pues aunque el juez García Ramírez es partidario de que los tribunales nacionales puedan llevarlo a cabo, en uno de sus votos señala que:

Si existe esa conexión clara y rotunda —o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones—, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio “control de convencionalidad”.³⁸

Esto es, que si no es clara ni rotunda, si hay dudas o es inteligible, es mejor que no lo lleven a cabo. Situación que compartimos y por la cual preferimos llamar de otra forma a la obligación que deben cumplir los Estados por medio de sus tribunales. Pero el referido juez no es el único de los que aprobaron inicialmente la utilización de ese término que aún siendo partidario de que tanto los jueces nacionales como los jueces internacionales puedan hacer ese control de convencionalidad, que prefiere que sea la Corte Interamericana la responsable de hacerlo preferentemente. Así el juez Cançado Trindade señaló que siempre ha tenido una cierta dificultad con el puro *renvoi* de alguna cuestión pendiente ante la Corte a los órganos nacionales para la solución del diferendo, por entender que la Corte debería, siempre que sea posible, presentar ella misma dicha solución.³⁹

³⁸ *Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez* a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, párr. 11.

³⁹ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, solicitud de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, re-

Creemos que su desacuerdo deriva justamente de lo que hemos dicho, que poner en manos del Estado esto de manera tan abierta no es la mejor opción.

De la lectura de diversos documentos relacionados con la labor de la Corte Interamericana, podemos afirmar que su invitación a que los tribunales nacionales hagan el control de convencionalidad está relacionado con el hecho de que como ya decíamos al inicio, el Poder Judicial poco hace por aplicar el derecho de origen internacional, pero también porque la CoIDH quiere descongestionarse de todos aquellos casos que contienen elementos respecto a los cuales ya ha hecho alguna interpretación, pero que sin embargo, le siguen llegando porque los tribunales nacionales no son capaces de atenderlos pese a que tienen a su alcance el tratado y las interpretaciones. No obstante ello, consideramos que el delegar o compartir esa función por medio de una labor tan específica como lo es el *control de convencionalidad* no es la mejor opción y debería replantearse el objetivo y medios, para que la aparente solución no se convierta en un nuevo problema.

Lo deseable y lo obligado es que el Poder Judicial deje de ver el derecho de origen internacional como *derecho internacional*, para verlo como derecho interno que también conforma el sistema jurídico nacional. Que los órganos del Poder Judicial de cada Estado parte a la Convención Americana [conozcan] a fondo y apli[quen] debidamente no sólo el derecho constitucional sino también el derecho Internacional de los derechos humanos.⁴⁰ Asimismo, que lo apliquen e interpreten como una norma más que integra el orden jurídico nacional, impidiendo que las normas inferiores o iguales a éste afecten su objeto y fin al contrastarlos y permitiendo que la Constitución como norma de igual o superior jerarquía se nutra con su contenido, esto es, que el Poder Judicial lleve a cabo una interpretación de derechos y libertades acorde a tratados, y en donde en caso de duda, aplique el principio *pro persona*.

paraciones y costas, sentencia del 30 de noviembre de 2007, serie C, núm. 174, *voto disidente del juez A. A. Cançado Trindade*, párr. 12.

⁴⁰ Voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, párr. 3.

IV. LA INTERPRETACIÓN DE DERECHOS Y LIBERTADES ACORDE A TRATADOS, COMO ESPECIE DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La objeción que planteamos podrá parecer para algunos innecesaria por ser en apariencia simplemente terminológica, sin embargo, en nuestra opinión por todo lo antes señalado es más que eso, porque lo que se le pide a los tribunales no es en realidad un control de convencionalidad, sino como bien lo estableció la Corte Interamericana la primera vez que en *pleno* lo utilizó, se trata tan solo de una *especie* de control de convencionalidad, de algo cercano o parecido a éste, pero no éste, porque ese está reservado al tribunal interamericano.

Ahora bien, si se analiza lo que de manera particular pide la CoIDH que hagan los órganos del Poder Judicial, resulta más evidente que no se trata del control de convencionalidad, sino tan solo de algo parecido a ello, de algo que tiene ciertos elementos del control de convencionalidad pero sin ser tal, pues les pide velar porque los efectos de la Convención Americana no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, pero que para alcanzar eso, tengan en cuenta no sólo dicho tratado, sino las interpretaciones que de él ha hecho ese tribunal. Esto es, no hay un verdadero control de convencionalidad, ya que lo que se pide está acotado a una labor específica y sus alcances no pueden ir más allá de lo dicho por la CoIDH como intérprete última de la Convención Americana.

Pero no sólo eso, pues aun cuando pide que esa labor sea ejercida *ex officio*, la limita como debía ser evidente, al marco de las competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, es decir, que de principio mata la posibilidad de que sea *ex officio* si las regulaciones procesales no la autorizan, pero además, es claro que las regulaciones procesales y las competencias de los tribunales nacionales no dan para que éstos determinen el incumplimiento de una obligación internacional, ni para determinar la responsabilidad internacional que derive de éste y, ni siquiera, las Constituciones que reconocen el mismo nivel jerárquico que éstas a los tratados internacionales permiten la primacía de la norma de origen internacional sobre la norma constitucional *per se*, todo esto como lo ordenaría la naturaleza del control de convencionalidad.

Así las cosas, de la lectura cuidadosa del trabajo desarrollado por la Corte Interamericana como gran impulsora del control de convencionalidad, consideramos que estamos cercanos a lo que ésta busca, que quere-

mos llegar al mismo fin, pero nosotros sin llegar a desnaturalizar el término empleado ni pretendiendo introducir un debate innecesario a nivel interno cuando el grado de desarrollo de la incorporación del derecho de origen internacional al ámbito nacional en prácticamente toda la región sólo nos permite visualizar que con su utilización sólo se generará un mayor caos y resistencia que los beneficios que se pretenden alcanzar.⁴¹

Si es claro que hablamos de lo mismo, en la medida de que estamos convencidos de que los jueces nacionales están obligados a observar, aplicar e interpretar los derechos y libertades contenidos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, por la sencilla razón de que el Estado al ser parte de éstos asumió obligaciones en el ámbito internacional y a la par dichas normas de origen internacional se incorporaron de manera plena al sistema jurídico nacional y como cualquier otra ley que integra éste, los tribunales están obligados a trabajar en el ámbito de sus competencias con ellas, lo mejor es designar a cada labor de manera propia, distinguir lo que cada sistema está llamado a hacer de acuerdo a sus competencias, para mantener el orden y un sistema uniforme progresivo de protección de la persona.

Por esa razón, esa especie de control de convencionalidad del que al inicio habló correctamente la Corte Interamericana es, en nuestra consideración, la obligación que tienen los poderes judiciales como órganos del Estado de interpretar los derechos y libertades reconocidos en el sistema jurídico nacional de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos, lo que conlleva, por una parte, velar porque ninguna norma jerárquicamente inferior a éstos afecte el objeto y fin de protección de la persona, pero a la vez que por el contenido de éstos se nutra el texto

⁴¹ El 11 de mayo de 2010 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al analizar la acción de inconstitucionalidad 121/2008, discutió si ésta podía llevar a cabo el control de convencionalidad. En la discusión se introdujo la idea de control convencionalidad *directo e indirecto* y, finalmente, una mayoría decidió que no podían hacer éste en ninguna de las dos modalidades que se proponían, las cuales por cierto eran poco claras y se introdujeron en el debate ante la poca claridad de lo que implica el control de convencionalidad. Sin embargo y por contradictorio que parezca, una mayoría de 8 de 11 integrantes del Pleno de ese tribunal votó porque al analizar la constitucionalidad se pudiera incorporar lo que respecto al tema bajo análisis establezcan los tratados internacionales, lo que en el fondo es velar porque el contenido de éstos se respete y aplique. Esto demuestra, en parte, lo que hemos señalado respecto a que el término control de convencionalidad causa más resistencia de la que debería generar y debates innecesarios donde hay obligaciones claras.

constitucional, se amplíe y se mejore donde sea necesario o prevalezca aquel donde es suficiente su contenido. Y mejor aún, que sin importar el origen de la norma, se aplique el principio *pro persona* a fin de que aquella norma que mejor proteja o menos restrinja los derechos sea la que prevalezca.

Así, esta *especie de control de convencionalidad* que en nuestro entender es *una interpretación de derechos y libertades acorde a tratados*, significa que los tribunales nacionales están obligados a:

- 1) Observar, garantizar y respetar el contenido de los tratados interamericanos de los que el Estado sea parte, una vez que ya forman parte del sistema jurídico interno.
- 2) Aplicar el derecho de origen internacional en materia de derechos humanos como derecho interno que es.
- 3) No ir en contra del contenido, objeto y fin de los tratados internacionales, y por tanto, velar porque los efectos de las disposiciones de éstos no se vean mermadas por la aplicación de actos y leyes contrarias a su objeto y fin.
- 4) Hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, por medio del análisis de la compatibilidad entre las normas internas y los instrumentos interamericanos, haciendo prevalecer el que mejor proteja o menos restrinja los derechos reconocidos en el sistema jurídico interno conformado por ambos sistemas normativos, en el ámbito de sus competencias.
- 5) Observar como criterio hermenéutico relevante o pauta de interpretación para todo lo anterior a la jurisprudencia de la CoIDH.

La interpretación de derechos y libertades acorde a tratados debe buscar incorporar en el quehacer cotidiano de los tribunales nacionales el contenido e interpretaciones autorizadas de los tratados, no para que en todo caso prevalezcan éstos, sino para que siempre sean tomados en cuenta y si en ellos se encuentra una mayor y mejor protección de los derechos humanos, se apliquen sin recato alguno.

Pretender que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se convierta en el tribunal constitucional de los Estados, y que los tribunales nacionales sean los jueces de convencionalidad, en nuestra opinión no son las mejores opciones.

Como vemos y se insiste, lo que busca la Corte Interamericana al introducir de manera cada vez más reiterada aunque poco uniforme el término *control de convencionalidad* es justo lo que en este apartado hemos identificado, que sí, es una *especie* de control de convencionalidad pero no confunde, ni da competencias y atribuciones que no tienen a los jueces y tribunales nacionales, sino simplemente, les recuerda las obligaciones que tienen no de hoy ni a partir de la sentencia del caso Almonacid Arellano, sino desde el momento en que el Estado al cual integran como uno de sus poderes asumió obligaciones internacionales para la protección de los derechos humanos.

El control de convencionalidad debe ser cuidado por la Corte Interamericana y el sistema interamericano tanto como se cuida el control de constitucionalidad en los Estados. Pensar en un control de convencionalidad difuso en principio suena y parece innovador y alentador para la protección de los derechos humanos, sin embargo, si los poderes judiciales de la región fuesen capaces de asumir una responsabilidad como la que pretende ponerse en sus manos, ya la habrían asumido a 32 años de que entró en vigor la Convención Americana sin necesidad de poner en sus manos una facultad que manejada por los Estados puede resultar a la larga contraproducente para la CoIDH. Podría conducir a que el orden jurídico fuere aplicado a capricho por los órganos estatales ordinarios, bajo el pretexto de que una determinada norma o acto resultan “convencionales” cuando no lo son, lo que mermaría considerablemente la seguridad jurídica que persigue todo sistema legal.

Es mejor limitarse a pedirles que cumplan con sus obligaciones, que observen los tratados y que en caso de duda, acudan a la jurisprudencia interamericana como guía de interpretación de aquellos.

Si esto es lo que busca alcanzar la CoIDH resulta innecesario abrir debates que generan mayores resistencias que apertura, pues tan celosa es ésta de su jurisdicción, como los son los tribunales supremos y constitucionales de la suya. Y en este debate no se trata de establecer quién es más fuerte y quien tiene la mejor interpretación, sino cómo se puede proteger mejor a la persona, cómo lograr que los derechos humanos sean una realidad y no sólo discursos, sentencias y letras en un creciente número de documentos.

V. LAS HERRAMIENTAS PARA HACER UNA ESPECIE DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La excitativa a que se lleve a cabo una especie de control de convencionalidad, o lo que aquí hemos denominado interpretación acorde a tratados, para que resulte productiva y reduzca los riesgos de ser llevada a cabo de manera contraproducente, debe ir acompañada de parámetros respecto a la manera en la cual debe usarse la jurisprudencia de la Corte Interamericana e, incluso, precisar cuál es ésta y qué valor tiene.

No obstante, la Corte Interamericana al lado del mandato de ejercer el control de convencionalidad no ha realizado esta precisión, pese a que en otros casos sí ha señalado la manera en que debe ser utilizada su jurisprudencia. Creemos que no lo ha hecho así la Corte Interamericana porque ella misma se encuentra confundida respecto a la manera en la cual se debe llevar a cabo el control de convencionalidad que busca, ya que en el último caso que recoge dicha idea, que es el caso Radilla Pacheco, considera que en México ya se ha ejercido el control de convencionalidad al citar que un tribunal colegiado estableció que:

Los tribunales locales del Estado Mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...⁴²

Sin embargo, de la lectura del amparo directo 1060/2008, que es de donde deriva lo antes citado, encontramos que el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito no hizo un control de convencionalidad ni la deseable interpretación acorde a tratados, sino únicamente desarrolló lo que en su concepto es dicho control de convencionalidad y el porqué lo deben llevar a cabo los tribunales nacionales y, con base en ello, le ordenó a un tribunal administrativo, quien había señalado que no se pronunciaba respecto a infracciones a la Convención Americana dado que los actos impugnados se analizan en función de las leyes ordinarias, que debía utilizar y observar

⁴² Véase nota al pie 321 de la sentencia del caso Radilla Pacheco.

el contenido de la Convención que resultara aplicable para resolver el caso sometido a su consideración.⁴³

Ante esa confusión de lo que implica en realidad el control de convencionalidad en la propia Corte Interamericana, no queremos imaginar la multiplicación de visiones respecto a la forma en que éste se debe llevar a cabo y, por ello, creemos que se debe dar una guía de elementos o herramientas para desarrollarlo de manera más adecuada y respetando elementos mínimos que a su vez den uniformidad en la protección de los derechos humanos.

En ese sentido, consideramos que las preguntas y respuestas que a continuación se formulan pueden ser una guía para desarrollar una mejor interpretación de derechos y libertades acorde a tratados. Así, en nuestra opinión debe quedar claro:

¿Qué es jurisprudencia en el sistema interamericano? Todas las sentencias dictadas por la Corte Interamericana en casos contenciosos (211 hasta mayo de 2010), en opiniones consultivas (20 hasta mayo de 2010) y en medidas provisionales.⁴⁴

¿Es obligatoria para los tribunales nacionales la jurisprudencia de la Corte Interamericana? Sí, la de los casos en que su Estado es parte en el litigio o medidas provisionales.⁴⁵ No, el resto de su jurisprudencia.⁴⁶

¿Por qué *no* es obligatoria la jurisprudencia de la CoIDH de la que no se es parte en litigio? Porque no se establece así en la Convención Ame-

⁴³ Cfr. Amparo directo administrativo 1060/2008, efectos para los cuales se concede el amparo y *Revista Diálogo Jurisprudencial*, núm. 6, enero-junio 2009, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Corte Interamericana de Derechos Humanos-Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Fundación Konrad Adenauer, México, 2009, pp. 11-36.

⁴⁴ Cfr. García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción interamericana de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, p. 98.

⁴⁵ Cfr. en ese mismo sentido: Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, 2008, p. 145, y Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, pp. 586 y 908

⁴⁶ Cfr. en ese mismo sentido, García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción interamericana de derechos humanos*, cit., pp. 158 y 159.

ricana⁴⁷ ni en el Estatuto de la CoIDH u otro instrumento interamericano; porque jurisprudencialmente se ha establecido ello por la CoIDH en sus opiniones consultivas 1/82,⁴⁸ 3/83⁴⁹ y 15/97;⁵⁰ así como porque la especie de control de convencionalidad o interpretación de derechos acorde a tratados no hace obligatoria la jurisprudencia de manera general, sino que la ubica como un criterio de interpretación que es deseable seguir para dar uniformidad al sistema de protección.

¿Qué valor tiene la jurisprudencia que no vincula porque no se es parte en un caso? Es un criterio interpretativo autorizado de los derechos humanos y de los instrumentos interamericanos de derechos humanos, así como una guía a observar para cumplir con las obligaciones derivadas de los artículos 1o. y 2o. de la Convención Americana. La Corte Constitucional Colombiana, con toda la importancia que tiene en la región en la protección de los derechos humanos, ha reconocido a la jurisprudencia interamericana como un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de los derechos fundamentales (sentencia C-010/00), como una fuente de derecho internacional (sentencia T-679/05 y sentencia C-370/06) y como una guía de interpretación de derechos con arreglo a tratados internacionales (sentencia C-370/06). Por su parte, la Corte Suprema de la República Argentina la reconoce como una pauta muy valiosa para interpretar las disposiciones de la Convención Americana (sentencia 319: 1840, caso Bramajo, 1996) y como una pauta de interpretación (sentencia del 11 de diciembre de 2003, caso Astiz y sentencia).⁵¹

⁴⁷ Cfr. en ese mismo sentido Hitters, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?*, cit., p. 147.

⁴⁸ Corte IDH, “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982*, serie A, núm. 1, párr. 51.

⁴⁹ Corte IDH, *Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. *Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983*, serie A, núm. 3, párr. 32.

⁵⁰ Corte IDH, *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. *Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997*, serie A, núm. 15, párr. 26.

⁵¹ No hay que olvidar que los dos tribunales que se citan trabajan con constituciones que reconocen el mismo nivel jerárquico a la Constitución y a los tratados de derechos humanos. Colombia desde 1991 (artículo 93) y Argentina desde 1994 (artículo).

¿Cuándo se debe observar la jurisprudencia de la CoIDH por parte de los tribunales nacionales? Al dar cumplimiento a una sentencia derivada de un caso contencioso o resoluciones de medidas provisionales, al utilizar el contenido de alguno de los instrumentos interamericanos de derechos humanos y al hacer una interpretación de derechos acorde a tratados.

Finalmente, la pregunta que tal vez es la más importante para todo lo anterior y los fines que busca la Corte Interamericana con esa *especie* de control de convencionalidad es: ¿cómo se debe utilizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana? No existen reglas preestablecidas sobre la manera en que debe ser invocada o utilizada adecuadamente la jurisprudencia interamericana, pese a que en el caso *Castañeda Gutman*⁵² el tribunal interamericano dio algunas ideas a ese respecto; sin embargo, consideramos que pueden ser tomados en cuenta los puntos siguientes:

- 1) Identificar el derecho o libertad que se pretende proteger o interpretar en el catálogo contenido en los instrumentos interamericanos.
- 2) Identificar los casos (jurisprudencia) en los que la Corte Interamericana ya hizo una interpretación respecto al derecho o libertad que se pretende analizar, identificando la evolución o criterios que ha sostenido.
- 3) Comparar la semejanza fáctica entre los hechos del caso que se va a resolver y los del caso de que deriva la jurisprudencia en que se ha hecho la interpretación del derecho o libertad que nos interesa.⁵³
- 4) Comprobar que comparten las mismas propiedades relevantes esenciales, lo cual permite aplicar la misma consecuencia jurídica a ambos casos.⁵⁴
- 5) Verificar que la conclusión a la que se llega es compatible con el objeto y fin de la Convención Americana y que da como resultado la interpretación que más protege o menos restringe los derechos humanos.

⁵² Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de agosto de 2008, serie C, núm. 184.

⁵³ *Ibidem*, párrs. 170 a 172.

⁵⁴ *Idem*.

Se debe cuidar que al invocar un criterio, se ofrezcan los datos mínimos necesarios para identificar su fuente u origen; esto es, que lo hagan verificable por el órgano de decisión ante el cual se hace valer. Algunos de esos datos podrían ser: el caso en que se adoptó el criterio, la fecha y el tipo de resolución, el órgano que la emitió, el número de párrafo en el cual se encuentra, y las ocasiones en que el criterio ha sido reiterado.

En resumen, al invocar un criterio de decisión deben cumplirse al menos dos requisitos: que sea verificable como tal y aplicable al caso concreto.⁵⁵

Lo anterior puede parecer un tanto fuera de lugar en este análisis, sin embargo, consideramos que si lo que se quiere alcanzar es que los tribunales nacionales interpreten, apliquen y sigan el contenido de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y las interpretaciones que de éstos han hecho los órganos autorizados por el propio tratado, deben dárseles mayores herramientas y claridad en todo lo que ello implica.

Para el caso de México, que es lo que inspira mucho de lo anterior ante el debate generado por el contenido de la sentencia del caso Radilla Pacheco, el temor de una mala utilización de los criterios interamericanos y que se le otorgue una naturaleza que no tiene a la jurisprudencia interamericana no es infundado, y basta para ello señalar como ejemplo la conclusión a la que llegó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 460/2008, después de utilizar jurisprudencia interamericana al analizar un caso en materia penal en el cual no se otorgaba la posibilidad de segunda instancia porque la sanción prevista en el artículo 388 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua imponía una pena máxima de 4 años de prisión. En ese caso, además de la utilización de jurisprudencia que poca coincidencia fáctica presentaba con el estudio, se estableció finalmente que el juicio de amparo directo es esa segunda instancia válida que prevé el artículo 8.2, inciso *h*, de la Convención Americana, cuando bien se sabe que el amparo mexicano puede servir para muchas cosas y deficientemente para otras, pero nunca podrá satisfacer las características y fines que tiene una

⁵⁵ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México”, *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 266 y 267.

segunda instancia penal. O acaso ¿la CoIDH podría compartir esa conclusión?

En México existe ya un número importante de ejemplos de cómo una interpretación constitucional es respaldada con una interpretación acorde de tratados, incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha hecho señalamientos como el siguiente:

En este sentido, el párrafo segundo, de la fracción II, del artículo 14 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, es tanto contraria al derecho de origen nacional (artículos 113), como al derecho de origen internacional (artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).⁵⁶

De igual manera ha reconocido que el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución se complementa con el contenido de los tratados internacionales en materia de derechos humanos⁵⁷ y en un poco conocido pero creciente número de casos ha hecho ya la interpretación de derechos y libertades acorde a tratados, no poniendo como norma suprema a la Convención Americana, pero sí respaldando o confirmando que la interpretación constitucional que hace es acorde con la normativa y jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No obstante estos pequeños avances, consideramos que la CoIDH a la par de exigir el ejercicio de una interpretación de derechos y libertades acorde a tratados, debe de dar una guía o lineamientos de lo que ello significa, pues sólo así se podrán establecer criterios uniformes progresivos, y no regresivos y contradictorios, para la protección de la persona.

VI. LOS RETOS PARA LOS TRIBUNALES MEXICANOS A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL CASO RADILLA PACHECO

Por todo lo que hemos analizado en los apartados anteriores y ante el inestable criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos res-

⁵⁶ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo directo en revisión 75/2009.

⁵⁷ Véase tesis 1a. LXIII/2008, “Derecho a la salud. Su regulación en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su complementariedad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, t. XXVIII, julio de 2008, p. 456.

pecto a lo que implica y quién debe llevar a cabo el control de convencionalidad, lo primero que resulta claro es que los tribunales mexicanos no están obligados a ejercer un control de convencionalidad, sino que como han estado obligados —desde el 24 de marzo de 1981— a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, así como a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, que en el caso concreto se traduce en la obligación de interpretar los derechos y libertades acorde a los tratados interamericanos de derechos humanos o en palabras de la CoIDH en una especie de control de convencionalidad.

Lo señalado en el caso Radilla Pacheco no es una obligación que se impone y deriva de esa sentencia, es una obligación que el Estado mexicano adquirió al adherirse a la Convención Americana, y que debe ser cumplida no sólo por el Poder Judicial, sino también por el Ejecutivo y Legislativo y por los órganos que con funciones jurisdiccionales cuenten éstos.

Tampoco es algo novedoso que deberán hacer los tribunales nacionales mexicanos, pues es algo que de manera creciente, con altibajos y no siempre de la mejor manera se ha observado ya en diferentes instancias, aunque principalmente en el ámbito federal.

En realidad, el gran reto no es cumplir con la sentencia ni decidir si la obligación de ejercer el control de convencionalidad está en la parte considerativa o resolutive de la sentencia, ni si es una obligación como tal o una medida que puede dejar de observarse, sino en entender que el derecho de origen internacional es parte relevante del sistema jurídico mexicano, que el derecho de origen internacional debe ser observado y aplicado por la simple razón de que fue incorporado a nuestro orden jurídico nacional de conformidad con lo establecido en la Constitución, y que con el sustento de ésta adquirimos las obligaciones internacionales que hoy se reclaman y que debemos de cumplir, además de que esto no es una cuestión de soberanía, sino de observancia de la ley suprema de toda la Unión por los jueces.⁵⁸

Pero también se trata de que los tribunales nacionales entiendan que las decisiones de la Corte Interamericana no son una imposición de cri-

⁵⁸ *Cfr.* artículo 133 constitucional.

terios, sino simplemente, criterios hermenéuticos de gran relevancia que deben servir para verificar si las leyes inferiores a los tratados se ajustan a la forma en la cual hoy la comunidad internacional y regional americana entiende un derecho o libertad, así como para nutrir el contenido de nuestras normas constitucionales a fin de que éstas sean siempre la más grande y mejor protección con que cuenta una persona a nivel interno.

El gran reto de la sentencia Radilla Pacheco es dimensionarla en su justa medida, entender su contenido y mandatos conociendo los criterios de los cuales derivan, así como comprender que es un gran reto por lo que se ha dejado de hacer, una gran oportunidad de asumir ya las obligaciones que cada poder integrante del Estado tiene, no con la comunidad internacional ni con los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, sino con las personas que se encuentran bajo su jurisdicción y que son a quienes se les ha reconocido los derechos y libertades contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos de los que México es parte.

La protección de los derechos humanos lleva implícito el compromiso de muchos actores, no sólo en el ámbito nacional sino también en el ámbito internacional, por lo que la comunicación abierta y fluida que se dé entre éstos será la mejor forma de alcanzarla. En ese sentido, creemos que cada ámbito debe mantener sus competencias y no involucrarse ni pretender sustituirse en las del otro, pues aunque al final puedan tener el mismo fin que en materia de derechos humanos es la protección de la persona, las maneras en que se analizan y desarrollan no son iguales y sólo la presencia de dos ámbitos y un creciente diálogo jurisprudencial entre estos permitirá alcanzar los mejores resultados, pues tan valiosa es la norma internacional de la que derivan unas interpretaciones como lo es la norma interna de la que derivan otras, y el lugar que ocupen puede ser intrascendente, porque pueden estar una por encima de la otra y viceversa pero ser ineficaces en esa batalla por la supremacía.

Quien pretende, o incluso ve, que la Corte Interamericana debe llevar a cabo un control de constitucionalidad⁵⁹ se equivoca de igual manera que quien pretende que un tribunal constitucional o los tribunales nacionales en general lleven a cabo un control de convencionalidad puro. Pues en

⁵⁹ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano*, México, Porrúa, 2009, pp. 13 a 16.

ambos casos, dichos órganos están llamados a vigilar y poner la supremacía de normas diferentes, no las que uno pueda imaginar o desear que se apliquen en primera instancia, sino aquellas que son el sustento de un Estado, por una parte, y de un sistema internacional de protección de los derechos humanos, por la otra.

En todo caso, antes de ordenar o pretender que el sistema internacional se encargue de una labor contemplada para los tribunales nacionales y viceversa, se debería invitar no a que prevalezca uno u otro orden normativo, sino a aplicar aquella norma que mejor proteja los derechos y libertades o aquella que menos los restrinja, sin importar si es de origen nacional o internacional, pues tanto hay normas con un mejor contenido creadas en el ámbito internacional, como las hay de creación nacional. Si lo que importa es la protección de la persona, el origen de la norma y su interpretación es secundario, lo importante es que sin importar dónde fue creada ni quien la interprete, se aplique la que más y mejor asegure la configuración en la realidad de todos los derechos humanos.

El control de convencionalidad es la joya con la que cuenta la Corte Interamericana para la protección de los derechos humanos en la región, como lo es el control de constitucionalidad y legalidad con la que cuentan los tribunales nacionales, mezclar sus funciones o intercambiarlas en vez de solución y progreso en la protección de la persona puede generar conflicto donde no lo hay, así como mayor resistencia en donde por sí, históricamente no ha sido sencillo entrar.