

¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados

¿National or Diffuse Conventionality Control? A Better Idea: the Warranty of Treaty

Karlos A. Castilla Juárez*

SUMARIO: I. *A manera de introducción.* II. *De la especie de control al control difuso de convencionalidad. Inconsistencias.* III. *El error de asemejar el control de convencionalidad al control de constitucionalidad.* IV. *Reafirmando las razones del porque no puede ser control de convencionalidad difuso, ni interno.* V. *Las inconsistencias del sistema construido por la Corte Interamericana y la doctrina.* VI. *La garantía de tratados, el fin que en realidad busca la Corte Interamericana.* VII. *Ideas conclusivas.*

* Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Doctorando y asistente de docencia en la Universitat Pompeu Fabra; becario Conacyt.

Agradezco las observaciones y comentarios recibidos durante la elaboración de este documento a: Alexandra Avena Koinigsberger, Miguel Ángel Elizalde Carranza y Aida Torres Pérez.

Artículo recibido el 9 de julio de 2012

Aprobado para publicación el 4 de septiembre de 2012

RESUMEN: El término control de convencionalidad se ha utilizado ya por seis años por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pese a su aparente desarrollo evolutivo, un estudio detallado de la jurisprudencia y estudios académicos que respecto a éste se han escrito, nos muestran que más bien ha tenido un desarrollo inconsistente por la irregularidad de su uso, su forzado paralelismo con el control de constitucionalidad y su construcción a partir de sólo una parte de la jurisprudencia que lo recoge, pero no la totalidad de ésta. Ante ello, se deben corregir todas sus inconsistencias y construir un sistema que permita de mejor manera los fines que con la introducción de ese término buscaba el tribunal interamericano. Para ello, en este artículo se propone la creación de un nuevo sistema o el ajuste del creado a partir de la idea de la garantía de tratados, al quedar demostrada la debilidad de la teoría hasta hoy construida tanto por la Corte Interamericana como por la doctrina que apoya sin cuestionamiento sus ideas.

Palabras clave: control de convencionalidad, garantía de tratados, Corte Interamericana, tribunales nacionales, obligaciones internacionales, derechos humanos.

ABSTRACT: The term “control of conventionality” has by now been used for six years by the Inter-American Court of Human Rights. Despite the apparent progress in the development of this concept, a detailed study of the jurisprudence and of academic analyses of the subject, show that this term has had inconsistencies in its development due to the irregularity of its use, the forced parallelism with “control of constitutionality”, and the basing its construction on only one part of the jurisprudence that makes use of the term “control of conventionality” and not the whole jurisprudence that uses this term. Given this situation, all the inconsistencies need to be corrected, and a system should be constructed that best allows the objectives that the Inter American Court had in mind when it introduced this term. Having demonstrated the weakness of the theory that the Inter American Court created and the doctrine that supports it without questioning its ideas, this paper proposes either the creation of a new system or the modification of the current one centered on the idea of warranty of treaty.

Descriptors: control of conventionality, warranty of treaty, Inter-American Court, national courts, international obligations, human rights.

RÉSUMÉ: Le concept de contrôle de conventionalité a été utilisé pour six ans par la Cour interaméricaine des droits de l’homme. Malgré son développement évolutif apparente, une étude détaillée de la jurisprudence et des études universitaires à ce sujet ont été écrits, nous montrons que a plutôt développé par l’utilisation irrégulière erratique Son forcé de contrôle parallèle constitutionnel et construction d’une partie seulement du boîtier qui inclut, mais pas la totalité. En réponse, il doit corriger toutes les incohérences et construire un système qui permet améliorer qu’avec l’introduction du terme recherché la Cour interaméricaine. À cette fin, le présent document propose la création d’un nouveau système de réglage ou créés à partir de l’idée du traité de sécurité, à démontrer la faiblesse de la théorie de la mesure construit à la fois par la Cour et par la doctrine aveuglément l’appui de leurs idées.

Mots-clés: le contrôle de conventionalité, garantie des traités internationaux, Court Inter-américaine, courts nationales, obligations internationales, droits de l’homme.

El 26 de septiembre de 2006 nació oficialmente en el sistema interamericano de derechos humanos el término *control de convencionalidad*.¹ Pese a que terminológicamente pueda parecer una novedad, lo que representa es una operación jurídica que a lo largo de la historia del derecho internacional público han desarrollado esencialmente los tribunales internacionales (Corte Internacional de Justicia, Tribunal Internacional del Mar, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos), pero también otros órganos encargados de la vigilancia o supervisión de tratados (Comité de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura, Organización Internacional del Trabajo), estos últimos con una naturaleza y efectos diferentes a los primeros; aunque nunca bajo la denominación, ni objetivos que tan creativamente y con la mirada puesta en el derecho nacional y el control de constitucionalidad ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Como era de esperarse, a seis años de ese momento, mucho se ha escrito ya, en algunos casos aportándose estudios novedosos que buscan desarrollar la figura,² otros que sólo repiten lo que la mayoría dice,³ pero

¹ Véase 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.

² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Políticas, 2012, pp. 107-186; García Ramírez, Sergio, “El control interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011, pp. 123-159; Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, cit., pp. 331-390; Sagües, Nestor P., “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en Von Bogdandy, Armin et. al., *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, UNAM-Max Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, pp. 381-417.

³ García Morelos, Gumersindo, “El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, cit., pp. 187-210.

casi todos bajo la *adoración* plena al término *control de convencionalidad*,⁴ siendo contadas las opiniones que invitan a reflexionar de mejor manera sobre la verdadera naturaleza y alcances de éste.⁵

A estas alturas de la discusión y ante la enorme penetración del término en la gran mayoría de la doctrina, si no es que en toda, así como su creciente adopción por diversos tribunales nacionales, aunque no siempre de la mejor manera, parecería irrelevante seguir insistiendo en que el término *control de convencionalidad* debe quedar reservado a lo que antes señalaba, esto es, a la labor que desarrollan los órganos internacionales. No obstante ello, no lo creo así y a dos años de la primera advertencia que hice de esto en el artículo “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”,⁶ hay nuevos elementos que me permiten confirmar y complementar lo que inicialmente establecí, para llegar a la misma conclusión, pero ahora con mayores herramientas de análisis y desarrollos doctrinales que prueban de manera clara lo que he venido sosteniendo.

Para quienes están convencidos de lo adecuado del término *control de convencionalidad* y el contenido que se le ha dado cuando lo llevan a cabo los jueces nacionales, lo que aquí se desarrollará poco les interesará. Sin embargo, es una oportunidad para que, en todo caso, refuercen los puntos débiles que su construcción tiene y se configure de una mejor manera.

⁴ Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008; Sagües, Nestor P., “El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”, *La Ley*, año LXXIII, núm. 35, febrero de 2009; Albanese, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008; Jinesta L., Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, cit., pp. 269-288; Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009, pp. 109-128, entre otros.

⁵ Véase un listado de esto en: Ruiz Chiriboga, Oswaldo, “The Conventionality Control: Examples of (un)Successful Experiences in Latina America”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 3, núm. 1-2, 2010, p. 203, y directamente en Fuentes Torrijo, Ximena, “International Law and Domestic Law: Definitely and Odd Couple”, *University of Puerto Rico Law Review-Seminar in Latin America on Constitutional and Political Theory (SELA)*, vol. 77, núm. 2, 2008, pp. 490 y ss.

⁶ *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 593-624.

Pero también, es una oportunidad para reiterar que estoy a favor de que los jueces (y todas las autoridades) nacionales velen porque los efectos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en general todos los tratados de derechos humanos no se vean merados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, pero no por medio de figuras jurídicas que alteren e impongan configuraciones nacionales difíciles de implementar para la protección de los derechos humanos, sino como una incorporación en el quehacer cotidiano de los tribunales nacionales del 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.

En ese sentido, a continuación describiré a detalle cómo ha sido la evolución del término *control de convencionalidad* referido a la actividad que están llamados a desarrollar los jueces nacionales en América, el cual inició como una *especie*, esto es, algo parecido al original *control de convencionalidad*, para llegar a convertirse, al menos en letra, en uno de sus dos *géneros* pese a las diferencias sustantivas que los caracterizan. Posteriormente, estableceré las razones por las cuales asemejarlo al control de constitucionalidad y los tipos de éste ha sido un error en cuanto a su carácter difuso; para que con ello, y siguiendo la línea de argumentación que desarrollé desde mi primer artículo respecto al tema, reafirmaré con nuevos elementos a seis años de su nacimiento terminológico en la Corte Interamericana el porqué la labor que deben desarrollar los jueces nacionales no puede recibir el mismo nombre que la labor de los órganos internacionales, por más semejanza que se le quiera dar al *control de convencionalidad* con el control de constitucionalidad.

Después de ello, estableceré algunas de las principales inconsistencias que tiene el sistema o doctrina que respecto al *control de convencionalidad* ha venido construyendo la Corte Interamericana, no sólo para fortalecer mis argumentos, sino también como una forma en la que ésta y los doctrinarios que apoyan la utilización del término puedan explicarnos a los no convencidos en la forma, aunque sí con el fondo, cómo se puede mantener de pie el sistema propuesto, no sólo para satisfacer inquietudes académicas, sino principalmente para que se pueda cumplir con el fin de la efectiva protección de los derechos humanos en América.

Casi para concluir, propondré el término y sistema que después de una nueva reflexión considero podría utilizarse para cumplir con todos los fines que en apariencia se buscan con el *control de convencionalidad* pero sin desnaturalizar esta figura jurídica, avanzando a lo que en el primer artículo consideraba como una *especie de control de convencionalidad*, y que era la interpretación acorde a tratados.

Finalmente, desarrollaré algunas ideas de todo lo antes expresado a manera de conclusión, para invitar al debate y la corrección del entendimiento que hasta hoy tenemos del *control de convencionalidad*.

Sin pretender ser fuente de más confusiones, ni un opositor sin sentido a algo que tiene unos fines que apoyo en su totalidad, como ya lo dije desde mi anterior artículo, espero poder contribuir al debate que permita no sólo la configuración de un sistema congruente, sino ante todo, un sistema que permita la efectividad del derecho de origen internacional a nivel interno y, con ello, la plena vigencia de los derechos humanos sin imponer a los órganos y sistemas nacionales funciones que no les competen, como tampoco a los internacionales las que no entran o exceden y ponen bajo cuestionamiento su competencia.

II. DE LA ESPECIE DE CONTROL AL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD. INCONSISTENCIAS

La historia previa al surgimiento del término *control de convencionalidad* en la Corte IDH puede ser estudiada en prácticamente todos los artículos que se han escrito respecto al tema, por lo que no regresaré a ello.⁷ En este apartado, mi intención es dar muestra de cómo ha sido la *evolución* del término desde su surgimiento en la jurisprudencia de la Corte IDH y hasta la última sentencia publicada para junio de 2012.

La principal intención de este apartado es demostrar las inconsistencias, avances y retrocesos del término en sus casi 6 años de vida y, con ello, precisar las dudas y entendimiento inacabado de su objetivo en la jurisprudencia de la Corte IDH. Además de demostrar que es falso lo

⁷ Véase nota 2.

que se afirma por un importante número de doctrinarios respecto a que la jurisprudencia y desarrollo del término *control de convencionalidad* ha sido uniforme sin mayores variantes,⁸ que se ha mantenido firme con ciertos matices,⁹ con un sólido desarrollo,¹⁰ al haber reiterado siempre su criterio¹¹ la Corte IDH. Sino más bien, que toda la construcción de éstos y otros doctrinarios ha partido de un uso *intencionalmente selectivo* de la jurisprudencia interamericana referida al *control de convencionalidad* para facilitar la conclusión que buscan, mostrando esa aparente *claridad* en el entendimiento que del *control de convencionalidad* ha hecho la Corte IDH, pero sin entrar a los detalles del contenido de toda la jurisprudencia, o peor aún, omitiendo el análisis de toda la jurisprudencia donde expresamente se recoge el tema¹² y que muestra, aún en los últimos años y no sólo desde su inicio, que la Corte IDH no tenía claro a dónde quería llegar.

Para ese fin, dividiré el análisis en dos grandes bloques temporales. El primero va del surgimiento del término *control de convencionalidad* en la jurisprudencia de la Corte IDH en 2006 a su primer criterio que sirvió de base para reiteraciones, dictado a finales de 2009 (Radilla). El segundo periodo va de 2010 a junio de 2012,¹³ en donde aparentemente hay un uso y entendimiento más estable del término, pese a que no en todos los casos se encuentra de la misma forma desarrollado, y no como parte de una evolución natural o perfeccionamiento del término y sus alcances, sino más bien, como muestra de la falta de comprensión total de su contenido y caracterización.

⁸ Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”, *op. cit.*, p. 347.

⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, p. 565.

¹⁰ García Ramírez, Sergio, “El control interno de convencionalidad”, *op. cit.*, p. 124.

¹¹ Jinesta L., Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”, *op. cit.*, p. 271.

¹² Véase Rey Cantor, Ernesto, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

¹³ Esta referencia temporal se establece sólo en razón de la fecha en la cual se concluyó la elaboración de este documento.

1. De 2006 a 2009

Caso/Año	Caracterización
Almonacid 2006	- Poder Judicial debe ejercer una <i>especie</i> de control de convencionalidad. - Jueces obligados a velar que los efectos de la Convención no se vean mermados por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. - Entre normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana. - Tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación de la Corte IDH.
Trabajadores ¹⁴ 2006	- Órganos del Poder Judicial no sólo control de constitucionalidad,¹⁵ sino también control de convencionalidad. - Jueces obligados a velar que los efectos de la Convención no se vean mermados por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. - <i>Ex officio</i> - En el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. - Entre las normas internas y la Convención Americana. - Tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación de la Corte IDH. - Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto. - No implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

¹⁴ Corte IDH, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, párr. 128.

¹⁵ Esta es la primera vez que la Corte IDH “ordena” que todos los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo control de convencionalidad, sino también de constitucionalidad. Pese a su idéntica formulación, el tema relativo al control de constitucionalidad no ha generado mayores reacciones ni debates, pero tampoco se ha tomado como una orden u obligación impuesta a los Estados por la Corte IDH. De manera “extraña”, pese a que este caso ha servido de base para el desarrollo de la llamada doctrina del control de convencionalidad, respecto a este aspecto nada se dice, ni para bien, ni para mal. ¿Por qué será?

Caso/Año	Caracterización
Cantuta ¹⁶ 2006	- Poder Judicial debe ejercer una <i>especie</i> de control de convencionalidad. - Jueces obligados a velar que los efectos de la Convención no se vean mermados por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. - Entre normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana. - Tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación de la Corte IDH.
Boyce ¹⁷ 2007	- Poder Judicial debe ejercer una <i>especie</i> de control de convencionalidad. - Entre las normas internas y la Convención Americana. - Tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación de la Corte IDH.
Heliodoro Portugal ¹⁸ 2008	- Control de convencionalidad. - 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.
Radilla ¹⁹ 2009	- Poder Judicial debe ejercer control de convencionalidad. - Entre las normas internas y la Convención Americana. - <i>Ex officio</i> - Jueces obligados a velar que los efectos de la Convención no se vean mermados por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. - En el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. - Tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación de la Corte IDH.

¹⁶ Corte IDH, caso La Cantuta vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162, párr. 173.

¹⁷ 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.

¹⁸ Corte IDH, caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 180.

¹⁹ Corte IDH, caso Radilla Pacheco vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párr. 339.

Si después de leer lo anterior, alguien puede afirmar que la jurisprudencia y, sobre todo, la caracterización del llamado *control de convencionalidad* era clara, uniforme, sólida, firme o cualquier otro calificativo que se le quiera dar en ese sentido, sería bueno que nos explicaran y justificaran por qué o en dónde encuentra sustento su calificativo y afirmación. Lo más constante en ese desarrollo jurisprudencial es que *eso* que era una *especie*, o tal cual un *control de convencionalidad*, surgía en razón de que los jueces están obligados a velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. Después de ello, lo que más se repetía era que al cumplir con lo que se les pedía a los jueces, éstos debían tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación de la Corte IDH. En lo demás hay muchas variantes, que no son cuestiones mínimas, ni meros matices, pues tocan aspectos relativos a quién debía desarrollarlo, respecto a qué y de qué manera, resultando evidente que no había claridad. Esto, pese a que toda la construcción posterior y la doctrina afirmen que sí lo era, sustentándose tan solo en la mitad o menos de los criterios antes sintetizados.

Muestra evidente de ello es que sólo 3 de los 6 criterios existentes para ese momento establecían que se trataba de una *especie* y 3 de un *control de convencionalidad* puro, aunque uno de éstos últimos es más cercano a la *especie* que al *puro* de acuerdo al contenido que lo acompaña. Sólo en 2 de los 6 criterios se había establecido que debía hacerse *ex officio*, aunque el primero que introdujo ello precisaba que esto no implica que ese control debería de ejercerse siempre, lo que en realidad lleva a establecer que sólo 1 de los criterios, el último, establecía la idea *ex officio* sin más limitantes que la competencia y regulaciones procesales.

Siendo serios en este análisis, y si de establecer un criterio se trataba, parecía difícil en ese momento hacerlo de manera precisa, además de que me parece poco responsable señalar que el último caso es el reflejo de la evolución de los anteriores, porque en los criterios no se ve un desarrollo progresivo y uniforme, sino más bien una falta de claridad en formas y definición de lo que se buscaba. Sin embargo, lo más fácil era tomar el último criterio y a éste buscarle respaldo en precedentes, pese a que fuera en realidad el criterio y entendimiento *minoritario* o que menos se había repetido en la jurisprudencia de la Corte IDH. Pero

así, con esas debilidades estructurales, se decidió construir lo que hoy algunos dominan *doctrina*.

2. De 2010 a junio de 2012

Las tres sentencias posteriores al caso Radilla, dos de ellas emitidas en 2009 y una ya en 2010, no recogieron idea alguna respecto al llamado *control de convencionalidad*. Posterior a éstas, en el caso Cepeda Vargas²⁰ sólo se refiere al tema la Corte IDH a manera de nota a pie de página, remitiendo al contenido del caso Almonacid y del caso Trabajadores, que como ya se estableció antes, no coinciden en la caracterización que hacen del *control de convencionalidad* por el simple hecho de que uno le llama *especie* y el otro no. Pero además, se aparta de lo establecido en el caso Radilla emitido seis meses antes.

Posterior a ello, desde el caso de la Comunidad Indígena Xákmok²¹ y hasta el caso Ibsen Cárdenas,²² esto es, los 4 casos posteriores, la Corte IDH repitió de manera textual lo que había establecido en el caso Radilla, tal vez en gran medida en razón de que 2 de esos 4 casos eran relativos a México,²³ y al menos por país debía mostrar cierta congruencia. Aunque más bien, esa *mexicanización* del término a partir del caso Radilla y los casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú sirvieron para reiterar un criterio que como ya demostré, era minoritario en la jurisprudencia hasta ese momento desarrollada.

No obstante ello, y por las críticas que para ese momento ya había recibido la Corte IDH parecía que para tener congruencia en su idea del *control de convencionalidad* iba a seguir repitiendo lo antes establecido,

²⁰ Corte IDH, caso Manuel Cepeda Vargas *vs.* Colombia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de mayo de 2010, serie C, núm. 213, nota al pie 307.

²¹ Corte IDH, caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de agosto de 2010 serie C, núm. 214, párr. 311.

²² Corte IDH, caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña *vs.* Bolivia, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de septiembre del 2010 serie C, núm. 217, párr. 202.

²³ Corte IDH, caso Fernández Ortega y otros *vs.* México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de agosto de 2010 serie C, núm. 215, párr. 236; Corte IDH, caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216, párr. 219.

en el caso Vélez Loor²⁴ que se emitió poco más de 4 meses después de los casos antes referidos, se da una nueva inconsistencia al establecerse como elementos caracterizadores de éste, los siguientes:

- Órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales.
- Ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad.²⁵
- Entre las normas internas y la Convención Americana.
- *Ex officio*
- Quienes ejercen funciones jurisdiccionales también deben velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin.
- En el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes.

Posteriormente, en el caso Gomes Lund,²⁶ que es el que sigue al antes referido, la Corte IDH regresa en esencia a lo establecido en el caso Radilla y los cuatro casos posteriores a éste que antes cité. Sin embargo, agrega un aspecto que es de la mayor relevancia si se toma con seriedad este tema, pues señala que el Poder Judicial está *internacionalmente obligado a ejercer un control de convencionalidad*. De ser así, me gustaría saber ¿dónde está esa obligación?, ¿en qué parte de la CADH, de los tratados interamericanos o de los tratados en general se establece que los Estados (vertiente Poder Judicial) están obligados a someter todas sus nor-

²⁴ Corte IDH, caso Vélez Loor vs. Panamá, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010, serie C, núm. 218, párr. 287.

²⁵ Esta es la segunda vez que la Corte IDH establece ello. ¿Esto debería traducirse en una orden de ese tribunal para que los Estados ajusten sus sistemas a fin de que ya no sólo sus órganos jurisdiccionales, sino también los que ejerzan esas funciones lleven a cabo el control de constitucionalidad? Esto es, la creación de un “control difuso y ampliado de constitucionalidad” por mandato de la Corte IDH, más cuando eso ya lo había establecido en 2006 en el caso Trabajadores. Si es así, ¿por qué no lo han seguido o implementado al menos en Perú y Panamá?, ¿por qué se omite esto de los estudios que se hacen?, ¿por qué ni la Corte IDH, ni la doctrina le han exigido a Perú y Panamá, al menos, que establezcan un control difuso o mixto de constitucionalidad si es la misma fórmula que se usa para convencionalidad?, ¿por qué esto no lo discute la doctrina?

²⁶ Corte IDH, caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párr. 176.

mas internas,²⁷ incluida por supuesto la Constitución, al contenido de los tratados? Adquirir una obligación internacional, no significa ello, pues la decisión de cómo se organiza el sistema normativo interno es una decisión de cada Estado.²⁸ Y advierto que la respuesta no es, ni la da el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados,²⁹ pues basta ver los trabajos preparatorios de ésta para entender las razones, origen, objeto y fin de esta norma,³⁰ y comprobar que lo exigido por la Corte IDH es una obligación de imposible existencia bajo un análisis serio y cuidadoso de sus implicaciones,³¹ y más aún, de imposible aceptación por los Estados, pues no conozco a uno de éstos que esté dispuesto a reconocer por la simple aceptación del contenido de un tratado internacional, que la CADH y otros tratados tengan una posición *supra* constitucional, pues insisto, esa es una decisión interna que sólo los órganos legitimados y facultados para ello pueden tomar.³²

²⁷ El hecho de que un tribunal internacional pueda determinar responsabilidad internacional a un Estado por el contenido de una norma constitucional, no hace superiores a los tratados a nivel interno, sino sólo a nivel internacional por ser éstos la base normativa de análisis de las obligaciones que adquiere un Estado, pero son dos parámetros de evaluación distintos.

²⁸ A este respecto véase Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 17a. ed., Madrid, Tecnos, 2009, p. 244 y ss. Sobre la relación derecho internacional público y Constitución, p. 251.

²⁹ Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

³⁰ Véase, en ese sentido, Fuentes Torrijo, Ximena, "International Law and Domestic Law: Definitely and Odd Couple", *op. cit.*, pp. 492 y ss.

³¹ Ni siquiera en la Unión Europea en donde hay una clara primacía del derecho comunitario, frente al derecho de origen nacional, llega al extremo de esto, como más adelante lo explicaré.

³² El tema ha sido debatido por la doctrina *ius internacionalista* y constitucionalista, en particular, al intentar definir la jerarquía entre el derecho internacional público (DIP) y la Constitución, sin que exista una solución al problema. Lo único claro es que en el ámbito internacional prima el DIP y si una norma interna lo viola el Estado es internacionalmente responsable. En el ámbito interno existe la división entre monistas y dualistas. Según la segunda, para que una norma internacional sea válida en el ámbito interno tiene que someterse a un proceso de transformación a norma interna. La jerarquía del que antes fuera norma internacional depende del rango de la norma interna que la ha incorporado. Por lo que toca al monismo, se dice que el derecho internacional se incorpora al ámbito interno sin necesidad de transformación. Ahora bien, eso es doctrina y para saber la validez auténtica del DIP dentro del sistema nacional hay que ver la Constitución.

Ahora, si la fuente de esa obligación es una sentencia de un tribunal internacional, el debate podría llevarnos a preguntar ¿con qué legitimidad un tribunal internacional organiza la *jerarquía normativa* de los Estados? Como vemos, un tema muy relevante, que hasta hoy no he visto que a nadie de los *fieles creyentes* del *control de convencionalidad* le llame la atención y, mucho menos, lo cuestione o respalde dando respuesta, al menos, a las preguntas que por lógica surgen al analizar el punto desde los ámbitos del derecho internacional público, derecho constitucional y los entronques de éstos.

Después de este interesante asunto, en el inmediato posterior (Cabrera García y Montiel Flores³³) la Corte IDH hace una mezcla entre lo que estableció en el caso Vélez Loor y lo que estableció de manera un poco más clara en el caso Radilla y los cuatro casos posteriores a éste, para establecer como características del *control de convencionalidad*, las siguientes:

- Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están obligados a ejercer control de convencionalidad.³⁴
- Entre las normas internas y la Convención Americana.
- *Ex officio*
- En el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.
- Tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación de la Corte IDH.

Posterior a éste, de las 17 sentencias siguientes que ha dictado la Corte IDH,³⁵ sólo en 5, no en todas como algunos afirman,³⁶ ha hecho re-

³³ Corte IDH, caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párr. 225.

³⁴ Aquí la Corte IDH vuelve a hablar de una obligación, cuando en prácticamente todos los casos anteriores, a excepción de Gomes Lund, siempre establecía que “debían” o “estaban llamados” a ejercer el control de convencionalidad.

³⁵ Publicadas en www.coidh.or.cr al 30 de junio de 2012.

³⁶ Loianno, Adelina y Gozaini, Osvaldo, “Los alcances del derecho a la salud ante el deber de realizar el ‘control de convencionalidad’. Aspectos constitucionales y procesales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, cit., p. 301; señalan que: “No será posible encontrar actualmente una sentencia que omita pronunciarse sobre ese tipo de control judicial”.

ferencia al llamado *control de convencionalidad*,³⁷ haciéndolo de manera idéntica a lo que desarrolló en el caso Cabrera García y Montiel Flores.

Si después de todo esto, hay quien afirma que la jurisprudencia es o ha sido uniforme, constante, sólida y demás calificativos, en verdad que no puedo entenderlo. La única forma de que así se pueda calificar es omitiendo las inconsistencias que se han presentado, utilizando de manera selectiva e incompleta el contenido de la jurisprudencia que les sirve a los fines que persiguen de crear una teoría a cualquier costo, pero no de otra forma.

Si la respuesta a la pregunta ¿qué es control de convencionalidad? se va a dar con base en el contenido de la jurisprudencia más reciente de la Corte IDH, para junio de 2012, podemos entender que esto será lo establecido en el caso Atala Riffo, pero nada garantiza que esa sea la misma respuesta al finalizar el año, y no en razón de una evolución natural, progresiva y más protectora de los derechos humanos, sino más bien de lo que en un momento determinado quiera entender el tribunal interamericano.

Podría aceptar que la Corte IDH entiende para junio de 2012 por *control de convencionalidad* lo que ha sostenido a partir del caso Cabrera García y Montiel Flores de manera reiterada. Sin embargo, su tan inconsistente desarrollo y sustento, que no es sólo una calificación que quiera hacer, sino una realidad como ha quedado demostrado, me impiden cerrar los ojos ante ello y dar por cierta una evolución coherente donde no la hay. Pero también, me lleva a pedirle a la Corte IDH y a los doctrinarios creyentes sin cuestionamientos del *control de convencionalidad* que, tomando en cuenta toda la jurisprudencia y con la nueva integración que tendrá el Tribunal interamericano a partir de enero de 2013, elaboren un entendimiento verdaderamente evolutivo e integra-

³⁷ Corte IDH, caso Gelman *vs.* Uruguay, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párr. 193; Corte IDH, caso Chocrón Chocrón *vs.* Venezuela, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de julio de 2011, serie C, núm. 227, párr. 164; Corte IDH, caso López Mendoza *vs.* Venezuela, fondo reparaciones y costas, sentencia de 1 de septiembre de 2011, serie C, núm. 233, párr. 226; Corte IDH, caso Fontevecchia y D'Amico *vs.* Argentina, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2011, serie C, núm. 238, párr. 93; Corte IDH, caso Atala Riffo y Niñas *vs.* Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239, párr. 282.

dor de todas las partes de su jurisprudencia en la materia y no sólo fracciones de lo que se ha entendido o querido entender por *control de convencionalidad* y, además, nos digan:

- Si es una *especie* de *control de convencionalidad* o debe entenderse como un *control de convencionalidad puro* pero a nivel interno.
- De ser una *especie*, de qué tipo y cuáles son sus diferencias del *puro* que ejercen histórica y normativamente los órganos internacionales de control, vigilancia e interpretación de tratados.
- Si es *puro*, si en verdad se lo están exigiendo a todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia.
- Si es *puro*, si el contraste normativo es entre normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, o las normas internas en general, esto es, si puede ser abstracto.
- De ser una obligación, cuál es su fundamento. Esto es, dónde consta o se sustenta la obligación de los Estados a ejercer un *control de convencionalidad puro*.
- Cómo puede ser compatible que sea *ex officio* pero a la vez estar sujeto a las regulaciones procesales.
- Qué pasa con los llamados que ha hecho en al menos dos ocasiones a que también todos los órganos nacionales con funciones jurisdiccionales ejerzan control de constitucionalidad.
- Qué significa, como también dijo en algún momento, que ese control no implica que deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. A qué acciones se refiere.
- Cómo deben los órganos nacionales velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales. Es decir, si sólo la inaplicación es el camino a seguir, o si bien, la interpretación conforme o incluso la sola aplicación del tratado pueden contribuir a ello, si esto no pone en riesgo el margen de apreciación con el que deben contar los Estados.
- Por último, y no menos importante, cómo se usa y qué valor tienen sus distintos tipos de jurisprudencia que pide sea observada.

Algunos de los puntos antes señalados se han tratado de desarrollar por algunos doctrinarios, no obstante, como he venido reiterando, no a par-

tir del análisis de la totalidad de la jurisprudencia de la Corte IDH, sino sólo a partir de aquellas que resultan coincidentes en algunos de sus aspectos, aunque como veíamos, antes del caso Radilla era más constante hablar de una *especie* de *control de convencionalidad* pero, extrañamente, eso no importó ni llamó la atención y simplemente se eliminó de la *definición* sin razonamiento alguno. Lo que me hace advertir que la mayoría, si no es que todos los estudios doctrinarios existentes se encuentran deficientemente sustentados, al sólo ocuparse de una parte de la jurisprudencia, pero no de toda. O como ya señalé al inicio, se sustentan en la reiteración de lo que les interesa para llegar a una conclusión, en la repetición de lo que algunos han establecido como la base absoluta del término a partir de los casos Almonacid, Trabajadores, Radilla, y Cabrera García, pero olvidando que también han existido en ese mismo periodo de tiempo los casos Boyce, Helidoro, Vélez, y Gomes, que nos muestran elementos distintos del llamado *control de convencionalidad*, los cuales sólo se descubren a partir de la lectura directa de los contenidos de la jurisprudencia, y no a partir de la cita aislada de referencias en las que algunos han encontrado que la expresión *control de convencionalidad* ha sido utilizada, así como en lo que otros afirman cuando ni siquiera lo ha establecido en ese sentido la Corte IDH.³⁸ Esto es, la construcción de una teoría a partir de la cita de citas, pero no de la lectura detallada de la totalidad de la jurisprudencia, que como he demostrado, ofrece más de lo que hoy nos *venden* como *control de convencionalidad*. No hago cita de todos los trabajos académicos en los que ello ocurre³⁹ en razón de que mi único objetivo es demostrar la frágil base o inconsistencia en la que se sustenta la llamada doctrina del *control de convencionalidad*, pero quien lee estas líneas puede acudir a los diversos textos que respecto al tema han sido aquí referidos y comprobar lo antes dicho.

³⁸ Bazán, Víctor, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, cit., p. 18; señala que en el caso Gelman la Corte IDH establece que quien debe ejercer el control de convencionalidad es *cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial*, cuando como ya establecí, la Corte ha repetido su criterio desde el caso Cabrera García y Montiel Flores y sólo exige esa labor a los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia.

³⁹ A manera de ejemplo y para sustentar mi afirmación, véase: Burgogue-Larsen, Laurence, “La erradicación de la impunidad: claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, cit., p. 38.

Otras de las posibles respuestas a lo antes enlistado trataré de desarrollarlas en los apartados siguientes, buscando establecer el entendimiento que en mi opinión podría recoger de mejor manera el fin último que se ha buscado con este término, pero sin descomponer éste ni otros conceptos que resultan relevantes para la protección y garantía de los derechos humanos.

Así, lo que inició como una *especie de control de convencionalidad*, con sus altas y sus bajas, con sus avances y retrocesos, con sus variables y constantes, ahora en votos razonados y la doctrina empieza a denominarse como *control difuso o interno de convencionalidad*, pese a que la Corte IDH tan solo ha establecido el término *control de convencionalidad* sin calificativo alguno. Su futuro está aún por construirse, su pasado tan inconsistente en estos casi 6 años de jurisprudencia debe invitarnos a reflexionar para encontrar el mejor término, determinar de manera clara sus objetivos y establecer el mejor sistema que de manera sencilla permita que el derecho internacional de los derechos humanos sea *derecho de uso común* por los jueces y demás autoridades en nuestros países.

III. EL ERROR DE ASEMEJAR EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El nacimiento terminológico del *control de convencionalidad* en el sistema interamericano de derechos humanos, como prácticamente toda la doctrina lo considera, se lo debemos al ex presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez. Como bien se sabe y se ha repetido infinidad de veces, ello ocurrió por medio de algunos de sus votos razonados en los que de manera reiterada comparó la labor de la Corte IDH con la que desarrollan los tribunales constitucionales, entendiendo que si éstos hacían un control de constitucionalidad, aquélla hace un control de convencionalidad. Una de las formas en las que expresó ello, fue la siguiente:

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcan-

ce 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.⁴⁰

A partir de ideas como ésta, quedó fijada en la mente de la mayoría de personas que estudian, inciden o se desarrollan en el sistema interamericano que el *control de convencionalidad* es una operación jurídica *semejante* al *control de constitucionalidad*, con la única diferencia en que el primero tiene como norma suprema del ordenamiento jurídico a la CADH, en tanto que el segundo a la Constitución de cada país.

Con eso, el imaginario colectivo entendió que, por esa semejanza (que sólo se refería a la labor *concentrada* que desarrollan tribunales constitucionales y Corte IDH), si en los Estados podía existir el control de constitucionalidad *concentrado* y *difuso*, de igual forma, podía existir el *control de convencionalidad concentrado* o *exterior* y *difuso* o *interno*.⁴¹ Esa asimilación paralela de figuras se puede observar de manera clara en diversos textos que aquí han sido citados y con ideas como las siguientes:

Una de las manifestaciones de este proceso de “internacionalización” de categorías constitucionales es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del “control difuso de constitucionalidad” en contraposición con el “control concentrado” que se realiza en los Estados constitucionales por las altas “jurisdicciones constitucionales”... En este sentido, el “control concentrado de convencionalidad” lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias... Ahora se ha extendido dicho “control” a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno (de ahí su carácter “difuso”)...⁴²

⁴⁰ Corte IDH, caso *Tibi vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

⁴¹ Estas cuatro denominaciones, dos en cada tipo, han sido propuestas por la doctrina.

⁴² Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188.

No obstante ello, en mi opinión, esa asimilación es incorrecta y es la fuente de muchos de los problemas e inconsistencias que el desarrollo y caracterización del llamado *control de convencionalidad* tiene y tendrá.

Sin ser mi intención entrar a fondo en el análisis del control de constitucionalidad, pues para ello hay muchos textos que pueden ser estudiados,⁴³ de manera sencilla podemos establecer que las principales características de éste son:

	<i>Control de constitucionalidad concentrado</i>	<i>Control de constitucionalidad difuso</i>	<i>Control de constitucionalidad mixto</i>
<i>Norma de contraste (superior)</i>	Constitución o bloque de constitucionalidad	Constitución o bloque de constitucionalidad	Constitución o bloque de constitucionalidad
<i>Normas a contrastar</i>	Inferiores a Constitución y que no pertenezcan al bloque. Pueden estar los tratados	Inferiores a Constitución y que no pertenezcan al bloque. Pueden estar los tratados	Inferiores a Constitución y que no pertenezcan al bloque. Pueden estar los tratados
<i>Fin</i>	Leyes (y actos) se ajusten a la Constitución como norma suprema	Leyes (y actos) se ajusten a la Constitución como norma suprema	Leyes (y actos) se ajusten a la Constitución como norma suprema
<i>Órgano que lo lleva a cabo</i>	Tribunal Constitucional	Todos los jueces	Tribunal Constitucional Todos o algunos jueces

⁴³ Entre mucho otros, pueden verse: Fix Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1985; Ackerman, Bruce *et al.*, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; Brewer-Carías, A. R., *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, Universidad Externado, 1995; Lösing, Norbert, *La jurisdicción constitucional en Latinoamérica*, Madrid, Dykinson-Fundación Honrad Adenauer, 2002; Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011; Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Barcelona, Marcial Pons, 2011.

	<i>Control de constitucionalidad concentrado</i>	<i>Control de constitucionalidad difuso</i>	<i>Control de constitucionalidad mixto</i>
<i>Medio para accionarlo</i>	Acciones específicas para la evaluación de las normas inferiores. Puede ser abstracto o a partir de casos concretos	Acciones específicas para la evaluación de las normas inferiores. Puede ser abstracto o a partir de casos concretos	Acciones específicas para la evaluación de las normas inferiores. Puede ser abstracto o a partir de casos concretos
<i>Efectos</i>	Expulsar normas contrarias a la Constitución o bloque	Inaplicar normas contrarias a la Constitución o bloque	Expulsar o inaplicar normas contrarias a la Constitución o bloque

De lo anterior, resulta evidente que pese a las muchas variantes que puede tener, y que de hecho tiene el control de constitucionalidad en cada Estado,⁴⁴ es congruente y uniforme en su esencia. Se tiene la misma referencia normativa, normas a contrastar y fines. En tanto que los medios y efectos pueden tener más variantes, pero esencialmente son los antes señalados, aunque su configuración en estos aspectos puede variar más, llevan al mismo fin. Además de que, lo único que de manera evidente cambia en cada tipo de control de constitucionalidad es el órgano encargado de hacerlo, y de ahí viene su diferente denominación.⁴⁵ Pero insisto, el resto de características es coincidente, más o menos constante y consistente. Ello no ocurre con el *control de convencionalidad*.

Al llevar esas características a lo que se ha dado por llamar *control de convencionalidad*, la similitud entre las figuras jurídicas propuestas como tipos de éste se rompe en razón de que:

⁴⁴ Un análisis detallado de las múltiples variables que puede tener se encuentra en: Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, cit., pp. 29-38.

⁴⁵ Estas afirmaciones deben tomarse con la precaución debida, ya que todo lo que significa el control de constitucionalidad es mucho más complejo que lo aquí sintetizado. Pero esas líneas generales son las que me sirven para sustentar parte de mis argumentos. Por ello, se recomienda ver la bibliografía antes citada para una mejor comprensión del tema.

	<i>Control concentrado de convencionalidad</i>	<i>Control difuso de convencionalidad</i>
<i>Norma de contraste (superior)</i>	Tratado internacional (Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados que le otorguen competencia al órgano internacional)	Tratado internacional (Convención Americana y todos los tratados que haya ratificado el Estado)
<i>Normas a contrastar</i>	Todas las normas internas de los Estados incluida la Constitución	Todas las normas internas, incluida la Constitución
<i>Fin</i>	Vigilar que actos y hechos ⁴⁶ de los Estados se ajusten a la Convención o Tratado como norma suprema o base del sistema	Velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin
<i>Órgano que lo lleva a cabo</i>	Tribunal Internacional Órgano de vigilancia o supervisión de tratados	Jueces nacionales en todos los niveles. Órganos nacionales vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
<i>Medio para accionarlo</i>	Procedimiento o denuncia internacional	<i>Ex officio</i> En el marco de las competencias de cada órgano En el marco de las regulaciones procesales de cada órgano
<i>Efectos</i>	Determinación de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito (violación) por el incumplimiento de una obligación internacional y, con ello, establecimiento de responsabilidad internacional	No precisados ¿dependen de lo anterior? Al parecer, inaplicación

De este análisis, resulta evidente que, contrario a lo que ocurre con el control de constitucionalidad, el de *convencionalidad* sólo tiene identidad en las normas de contraste y a contrastar. Pero ello tampoco es del todo cierto, pues en el supuesto control *difuso* para que el tratado internacional pueda colocarse por encima del texto constitucional para también ser evaluado, o en el mejor de los casos al mismo nivel, ello es una decisión que no depende del *sistema* propuesto ni de la simple voluntad de

⁴⁶ No hay que olvidar que para los tribunales internacionales las leyes internas, incluida la Constitución son hechos, según lo establecido desde muchos años atrás en su momento la Corte Permanente de Justicia Internacional, antecedente de la Corte internacional de Justicia, en el Caso de Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca, 1926, serie A, núm. 7, doctrina que prevalece hasta hoy.

un tribunal nacional, sino más bien está sujeto siempre al lugar que cada Estado por medio de sus órganos legitimados y facultados para ello le dé a los tratados en cada sistema interno.

De esta manera, no hay identidad constante alguna entre el *control concentrado de convencionalidad*, originario, propio y natural de ese término a cargo de los órganos internacionales, y el llamado *control difuso de convencionalidad* a cargo de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia nacional.

¿Aún así se les puede llamar igual a dos operaciones jurídicas con tantas diferencias? El control de constitucionalidad concentrado, difuso y mixto, se denomina así según el órgano u órganos que están facultados para hacerlo, pero sus demás elementos y caracterización son esencialmente idénticos, con variables mínimas pero constantes en sus efectos. En el llamado *control de convencionalidad* no ocurre lo mismo.

Algo que puede ser bastante burdo, pero me sirve para demostrar lo que estoy afirmando, es que, por ejemplo, se puede entender que se identifique con el término *bicicleta* a todo lo que tenga al menos: llantas, rines, manubrio, pedales, cadena, asiento, cuadro y frenos, y aunque su configuración puede ser variante y existen bicicletas de montaña, de ruta, plegables, etcétera, en éstas están presentes todos sus elementos configuradores básicos, aunque puedan estar integrados de diferentes maneras e incluso, complementarse o añadirse otros elementos, pero los básicos siempre estarán presentes si de bicicletas se trata. Pero, si tiene 3 llantas y motor, o tan solo uno de estos dos, ya no podemos afirmar que es una bicicleta. Puede ser triciclo o motocicleta, pero no bicicleta. Así pasa con estas figuras jurídicas. La bicicleta es el control de constitucionalidad, sea concentrado, difuso o mixto. Pero al hablar del *control de convencionalidad concentrado y difuso*, es evidente que no podemos hablar de bicicleta, pues una lo puede ser, pero la otra simplemente no lo es.

Sin duda alguna, plantear la similitud entre la labor de la Corte IDH y los tribunales constitucionales resultaba útil para explicar su funcionamiento, por tener ambos una norma base a partir de la cual evalúan todo o el resto de normas y hechos que se ubican bajo los supuestos normativos de dicho documento base,⁴⁷ pero ahí debió quedar la comparación.

⁴⁷ Véase en este sentido Castilla Juárez, Karlos A., "El control de convencionalidad. Un

La única similitud real, insisto, es que ambos tienen una norma suprema o base para evaluar todo lo que se encuentra bajo ese sistema. Los internacionales, el tratado que les reconozca competencia para ello, los nacionales la Constitución. Esa es la única similitud posible de sostener. En el control de constitucionalidad por la supremacía del texto constitucional se llega a la conclusión de que las normas o actos contrarios a la Constitución no valen, son *inconstitucionales*. En el control de convencionalidad los actos y hechos contrarios a la Convención son hechos internacionalmente ilícitos, el incumplimiento de una obligación internacional, y generan responsabilidad internacional.

Es un gran error pretender meter en un mismo *molde* o entendimiento a operaciones jurídicas con naturaleza tan diferente (control de constitucionalidad/control de convencionalidad), por el simple hecho de que un tribunal u órgano internacional nunca expulsa, ni inaplica como principal resultado del ejercicio de su competencia a las normas que se opongan al tratado, sino tan solo determinará el incumplimiento de una obligación internacional y, posterior a ello, indirectamente podría pedir que se inaplique o expulse una norma, pero dejando eso a cargo del Estado internacionalmente responsable, y sin que en todos los casos eso sea la regla a seguir. Como también porque un órgano nacional nunca va a poder determinar la responsabilidad internacional, si más bien, puede ser la fuente de ello.

La construcción de una teoría como la de *convencionalidad* a partir de figuras tan distintas en naturaleza, sólo demuestra desconocimiento de aspectos esenciales del derecho internacional público y/o del derecho constitucional, pues quien tenga ello claro, sabrá que son dos operaciones jurídicas distintas y que sólo a partir de miradas muy generales se les puede asemejar sustancialmente. Y peor aún, pretender que una función construida bajo el sistema de funcionamiento del derecho internacional, sea llevada a cabo por órganos nacionales bajo un sistema de funcionamiento de derecho nacional que puede, pero no necesariamente tiene como norma superior del sistema a un tratado, por el sólo hecho de su *denominación*, de la falaz utilización de un *término* que suena bien, pero

nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, p. 597.

no representa lo mismo, me parece muy delicado. Es, insisto, querer llamar bicicleta a algo que podría parecerse a ello, pero tiene 1 o 3 llantas.

Con esto, la *mezcla* desafortunada de términos y operaciones jurídicas diferentes, es una razón sólida para pedir que no se le llame *control de convencionalidad* a lo que no lo es, sólo porque aparentemente es una operación similar a la que se desarrolla en el control de constitucionalidad. Lo cual, como ya ha quedado demostrado, es falso.

Más aún, toda la doctrina da por hecho que con la sola mención de los términos *control de constitucionalidad* y *control de convencionalidad* estas figuras son similares, incluso idénticas según muchos. Pero de las decenas de textos que a junio de 2012 existen, en ninguno he visto que se analice a fondo la naturaleza sustantiva de ambas figuras. Lo más que se hace es darlo por hecho a partir de la explicación genérica comparativa entre la labor de la Corte IDH y de los tribunales constitucionales, pero nunca más allá de eso y muchas veces sólo a partir de la cita de trabajos que tampoco lo analizan a fondo. Al igual que lo que ocurre con la cita de jurisprudencias, en esto, sólo se repite lo que otros afirman y se da por hecho de que porque suenan parecidos los términos, estos lo son en el fondo. Un aspecto más para afirmar la fragilidad de la supuesta *doctrina* del *control de convencionalidad* hasta ahora desarrollada sin la seriedad que la protección de los derechos humanos requiere.

IV. REAFIRMANDO LAS RAZONES DEL PORQUÉ NO PUEDE SER CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO, NI INTERNO

Desde el primer artículo que respecto a este tema escribí, afirmé que el *control de convencionalidad* está reservado (en el sistema interamericano) a la Corte IDH y, por tanto, es la única que puede resolver en el sistema interamericano acerca de la *convencionalidad* de los actos y hechos del Estado.⁴⁸ Las razones tal vez no habían quedado precisadas, pese a que establecí que para que existiera *control de convencionalidad* debía haber

⁴⁸ *Ibidem*, p. 605.

seis elementos caracterizadores básicos⁴⁹ que redundan en esencia a lo mismo: un órgano competente, un tratado como referente normativo principal para la evaluación del cumplimiento de obligaciones internacionales, y la posibilidad de determinar las consecuencias de la no adecuación de una conducta o hecho a las obligaciones adquiridas al firmar, ratificar o adherirse a ese tratado, que finalmente es la responsabilidad internacional.

Esta visión era compartida en la doctrina al señalarse que el control de convencionalidad constituía una función esencial de la Corte IDH, toda vez que ésta no se erige en funcionarios, legisladores o jueces nacionales, sino que interpreta los actos internos al amparo de la CADH.⁵⁰ El propio doctor García Ramírez, pese a que al parecer ha cambiado su posición, afirmaba 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.⁵¹

Ello me parece más que lógico, ya que si los jueces nacionales no pueden siempre y en todos los casos poner el contenido del tratado por encima de todas las normas nacionales, incluida la Constitución, ni pueden por la naturaleza de sus funciones y competencias determinar el incumplimiento de obligaciones internacionales y su consecuente responsabilidad internacional, podrán estar haciendo cualquier cosa, pero no *control de convencionalidad*. Cómo se podría hablar de que un órgano nacional hace *control de constitucionalidad* si no es intérprete constitucional, ni puede inaplicar o expulsar normas por ser contrarias a la Constitución.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 610.

⁵⁰ Cfr. Albanese, Susana, *Garantías judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 15 y 16.

⁵¹ Corte IDH, caso Vargas Areco vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 155, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 12.

Podrá aplicar el principio de legalidad, pero nadie podría afirmar con razón que hace control de constitucionalidad.

Pero como he insistido desde mi anterior artículo, el hecho de que los órganos de administración de justicia nacionales no puedan ejercer *control de convencionalidad*, sino otra operación jurídica que nace del cumplimiento de una obligación internacional con fines y efectos diferentes, no significa que éstos 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 orden jurídico nacional que están llamados a respetar, aplicar e interpretar como órganos jurisdiccionales.

Pero eso no es *control de convencionalidad*, y menos puede ser llamado como *difuso* o *interno*. No puede ser difuso, porque como ya lo establecí en el apartado anterior, su diferencia con el concentrado no sólo es en cuanto al órgano que lo lleva a cabo, sino que son muchas las diferencias sustanciales que tiene. Tampoco puede ser interno, pues además de lo anterior, es una operación jurídica reservada y creada para órganos internacionales, salvo que los Estados acepten expresamente el poder desarrollar esas funciones desde que son parte del tratado, con todo lo que ello significaría, como tener por norma *suprema* a un tratado. Pero las obligaciones que, no sólo los órganos de administración de justicia, sino todo órgano del Estado, debe de cumplir, son algo diferente al *control de convencionalidad*.

A quien le parezca que esto es tan solo un juego de palabras y un debate irrelevante, entonces, estará de acuerdo en que podamos afirmar que el Congreso de cualquier país elabora tratados internacionales, por el simple hecho de que puede participar en el proceso de aprobación o ratificación, y que debe observar las obligaciones que un tratado le impone. O bien, que los órganos legislativos ejercen una *especie* de control de constitucionalidad o directamente éste, porque en la elaboración de leyes deben velar porque su procedimiento de creación esté de conformidad con el texto constitucional. Por llevar al extremo los ejemplos,

pero para demostrar que no podemos llamar bicicleta, a una *bicicleta de tres ruedas*, por parecida que nos parezca. Llamémosle triciclo, y veamos sus diferencias y usos diferentes, aunque en principio en los dos tengamos que pedalear y posiblemente usar casco para utilizarlas.

Algunos construyen la justificación de esto poniendo la mirada en Europa y la aplicación que los jueces nacionales hacen del derecho comunitario. Lo que me queda claro ante eso nuevamente, es que poco conocen de los sistemas jurídicos internacionales y su relación con los sistemas nacionales, así como que las comparaciones que hacen son muy desafortunadas, pues si queremos equiparar el sistema europeo y americano, eso sólo se puede dar respecto a las normas que emanan del Consejo de Europa, pero no a las de la Unión Europea, pues algo similar a esta última no existe en América.⁵² Es más, me resulta claro que mucho de la formulación del *falso control de convencionalidad* tiene inspiración en lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) estableció en el caso *Simmenthal*,⁵³ y lo que algunos llaman el *control de comunitariedad*, pero la *pequeña* diferencia es que la mayoría de las normas de derecho comunitario europeo fueron aprobadas para que éstas tuvieran prevalencia o primacía frente a las leyes nacionales,⁵⁴ aunque esa primacía no implica necesariamente control difuso.

Situación que no ocurre en América, como tampoco ocurre con el derecho derivado del Consejo de Europa que tiene una naturaleza prácticamente idéntica al derivado de la Organización de los Estados Americanos.

⁵² Para una clara y breve diferencia de los dos sistemas jurídicos, así como de las competencias diferenciadas entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, pp. 183-220.

⁵³ Sentencia del 9 de marzo de 1978, en el asunto 106/77, en el que declaró que: Los jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones del derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional.

⁵⁴ Para más detalles respecto a esto véase: Weiler, Joseph, "The Transformation of Europe", en *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 10-101; Craig, Paul y De Búrca, Gráinne, *EU Law. Texts, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2008; Slaughter, Anne-Marie *et al.*, *The European Court and National Courts-Doctrine and Jurisprudence*, Oxford, Hart Publishing, 1998.

Básicamente por todo ello, no podemos hablar de *control difuso o interno de convencionalidad*, pues no sólo no es una función equivalente al *control de convencionalidad puro*, sino que además, lo que deben llevar a cabo los jueces nacionales no se asemeja *per se* al control de constitucionalidad, ni se sustenta en normas con naturaleza jurídica similar a las de la Unión Europea.

V. LAS INCONSISTENCIAS DEL SISTEMA CONSTRUIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA Y LA DOCTRINA

En el apartado II (*supra*), establecí el conjunto de inconsistencias que ha tendido la evolución del término *control de convencionalidad* al analizar el contenido de la totalidad de la jurisprudencia que lo ha recogido, y no sólo algunas, como la gran mayoría de la doctrina lo hace. Como quedó establecido, no hay un argumento sólido del porqué se optó darle una caracterización y no otra cuando había tanta inconsistencia. Aunque también afirmé y reitero, creo que venció una caracterización y no otra, porque fue el caso Radilla el primero que generó más reacciones y, siendo en ese momento la última jurisprudencia, lo sencillo fue buscar en el pasado con cuál tenía cierta coincidencia, aunque no total,⁵⁵ y en esa se respaldó. Además de que, para fortuna de quienes selectivamente utilizaron parte de la jurisprudencia y no toda, 2 de los 4 casos siguientes al caso Radilla eran relativos a México, por lo que lo más sencillo fue reiterar lo que ya se había establecido respecto a ese mismo país.

No obstante ello, la caracterización que del término se logró en el caso Cabrera García y Montiel Flores, mismo que ha sido repetido por fin de manera uniforme en 5 de las 17 sentencias posteriores a ese caso, es la que tomaré como referencia válida, sólo para efectos de este análisis que pretende establecer algunas de las inconsistencias que esa supuesta doctrina tiene.

⁵⁵ Por ejemplo, el caso Trabajadores se utiliza reiteradamente como un criterio base, pero como he señalado antes, de éste se pasa por alto “la orden” que la Corte IDH da para que todos los órganos del Poder Judicial lleven a cabo el control de constitucionalidad. Pero no sólo se omite, sino que ni siquiera se cuestiona o polemiza al respecto, tan solo se usan las partes que convienen de este criterio.

1. ¿Se trata de una obligación para jueces y órganos vinculados a administración de justicia?

La Corte IDH y algunos autores confunden las obligaciones que derivan de la firma, adhesión o ratificación a un tratado como la CADH, con esta supuesta obligación que nació siendo exhortación, se convirtió en deber y ahora tiene, en concepto de la Corte IDH, la naturaleza jurídica primeramente referida.⁵⁶

Pero ni de las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 (respetar y garantizar) y 2 (adoptar medidas que sean necesarias para hacer efectivos derechos) de la Convención Americana,⁵⁷ ni del restante contenido de ésta, ni de ningún otro tratado se deriva una obligación para los Estados de integrar y situar en el sistema jurídico nacional a los tratados al mismo nivel o un nivel superior que el de su Constitución.⁵⁸ Pero mucho menos, que los órganos vinculados a la administración de justicia estén obligados a hacer eso o tomar esa decisión. En ningún lado encontramos la obligación para los Estados de someter todo su ordenamiento jurídico al contenido de un tratado, requisito necesario e indispensable para hablar de *control de convencionalidad*. Lo que se establece son formas de coordinación y adecuación para que se cumpla con la CADH.

Para mí lo deseable es que los tratados de derechos humanos tengan al menos el mismo nivel que la Constitución, pero no por eso así es, como tampoco es cierto que ello se le ha impuesto a los Estados por medio de un tratado,⁵⁹ aunque pudiera ser si estos lo aceptan (como el

⁵⁶ Véase por ejemplo: Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”, *cit.*, p. 343.

⁵⁷ Véase respecto a esto, entre otros: 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; Medina Quiroga, Cecilia y Nash Rojas, Claudio, *Sistema interamericano de derechos humanos: introducción a sus mecanismos de protección*, Chile, Universidad de Chile, 2007.

⁵⁸ *Cfr.* Medina Quiroga, Cecilia, “Las obligaciones del Estado bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *III Curso especializado para funcionarios de Estado sobre la utilización del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Materiales bibliográficos núm. 1, San José, 2008.

⁵⁹ *Cfr.* García Morelos, Gumersindo, “El control judicial difuso de convencionalidad de los Derechos Humanos por los tribunales ordinarios en México”, *cit.*, p. 188.

caso de la Unión Europea, y esto con ciertos matices), y muy extraño sería que su sustento se encontrara en una sentencia de un tribunal cuya legitimidad puede ser altamente cuestionada por sus procesos de integración. Y esto no es una idea personal para limitar la valiosa idea de la Corte IDH de que el derecho internacional de los derechos humanos tenga el máximo nivel en el entramado jurídico, pero incluso la propia CADH establece que al adoptar las medidas necesarias para que se cumpla con los contenidos de ésta, ello se debe hacer con arreglo a los procedimientos constitucionales y la Convención.

Así, me parece poco sólido e inconsistente que se hable de una obligación, cuando ésta no existe como tal. Y más aún, que lo afirme así la Corte IDH sin establecer de dónde surge o cuál es el fundamento de esa obligación que es por mucho más que velar porque el efecto útil de la CADH no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin.

Esto a nadie debe de sorprender, ya que por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), justo por esa ausencia de obligación similar a la *creada* por la Corte IDH, ha sostenido que los Estados parte tienen libertad para definir el estatus jurídico del Convenio Europeo de Derechos Humanos en su propio sistema jurídico,⁶⁰ al ser importante respetar las distintas tradiciones jurídicas nacionales.⁶¹ En concreto, es cada Estado quien decide qué deben hacer sus tribunales cuando se enfrentan en un caso concreto a una ley nacional que parece contravenir el Convenio.⁶²

El sistema europeo pretende que los estándares internos sean compatibles con él, no idénticos, ni siquiera conformes, puesto que la conformidad entraña un escrutinio de adecuación más estricto que no puede

⁶⁰ Véanse, entre otros: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Handyside contra Reino Unido*, del 29 de abril de 1976, párr. 48; caso *Guzzardi contra Italia*, del 6 de noviembre de 1980, párrs. 72 y 73; caso *Castells contra España*, del 23 de abril de 1992, párr. 27; caso *Akdivas y otros contra Turquía*, de 16 de septiembre de 1996, párrs. 65-69; caso *Fressoz y Roire contra Francia*, del 21 de junio de 1999, párrs. 37 y 38.

⁶¹ Cfr. Delmas Marty, M., “Pluralisme et traditions nationales”, en Tavernier, P., *Quelle Europe pour les droits de l’homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d’une “unión plus étroite”*, Bruselas, 1996, p. 83.

⁶² Cfr. Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, p. 205; Martens, S.K., “Incorporating the European Convention: the role of the judiciary”, *EHRLR*, 1998, vol. 1, p. 8.

permitirse en un sistema en el que los Estados parte gozan de margen de apreciación en la elección de los medios para cumplir sus obligaciones convencionales.⁶³

2. Imposibilidad de contrastar en todos los casos todas las normas internas incluida la Constitución con la Convención Americana

La actividad que la Corte IDH ordena que desarrollen los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, sólo está en posibilidad de tener éxito, en 11 de los 21 Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Aunque de esos, sólo en tres podría tener posibilidad plena de ejercerse al reconocerse en Bolivia (artículo 256.1), Ecuador (artículo 424) y Venezuela (artículo 23) jerarquía supra constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos en la medida que sean más favorables para la protección de derechos. En tanto que en los ocho restantes (Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú, Paraguay y República Dominicana) podría presentarse de existir voluntad o una norma que autorice la primacía de los tratados en supuestos específicos o siempre, lo cual, en principio, no permite afirmar que así será.

Esto lo confirman las referencias que de tribunales supremos o constitucionales la Corte IDH cita desde el caso Cabrera García en su jurisprudencia⁶⁴ como ejemplo del *control de convencionalidad*, aunque algunos merecen ponerse en duda si en verdad son tal cosa, además de que la gran mayoría de esos ejemplos son anteriores al caso Almonacid.⁶⁵ Ejemplos que además apoyan lo que vengo sosteniendo respecto a que no se sabe exactamente qué es el *control de convencionalidad* y que sólo

⁶³ Cfr. Flauss, J. F., “La Cour européenne des droits de l’homme est-elle une cour constitutionnelle?”, *RFDC*, núm. 36, 1999, pp. 711 y ss.; Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008, p. 104.

⁶⁴ Corte IDH, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párrs. 226-232.

⁶⁵ Cfr. Sagües, Nestor P., “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, *cit.*, p. 430.

en los Estados donde la norma constitucional lo autoriza, pueden tener éxito.⁶⁶ De esta manera, por lo que he establecido en apartados anteriores, la exigencia de la Corte IDH, altamente aplaudida por gran parte de la doctrina, se muestra en la realidad jurídica difícil de ejecutar.

Para mí, antes que exigirle a los jueces nacionales que siempre hagan que prevalezca la CADH, porque algunos creen con claro desconocimiento de los derechos humanos que ahí siempre está la mejor protección, tan solo debería pedirles que cumplan con sus obligaciones contenidas en los tratados, no para que siempre prevalezcan estos, sino para que siempre estén presentes, pero en aplicación del principio *pro persona*, hagan que prevalezca la norma que mejor proteja o menos restrinja los derechos humanos, sin importar si está en la Convención, Constitución o en alguna ley. Además de que, no debemos olvidar que por el bien de los derechos humanos, la CADH debe ser considerada como un piso y no un techo,⁶⁷ como el mínimo común que todos los Estados parte deben compartir en materia de derechos humanos, siendo deseable que los Estados hagan más y mejores desarrollos para la protección y garantía de estos, por lo que colocar siempre por encima de todas las normas a la CADH no es la mejor visión ni entendimiento, ya no del sistema interamericano, sino del carácter evolutivo de los derechos humanos.

3. ¿El juez nacional es juez interamericano?

Si el juez nacional fuera juez interamericano, sería el último intérprete o intérprete autorizado sin reservas de la CADH, utilizaría ésta como su norma suprema o base para la evaluación de todas las demás normas que vería como hechos, establecería los casos en que se incumple una

⁶⁶ *Ibidem*, p. 429, señala: “No establece aspectos de éxito, pero sí que la supremacía convencional es difícil de digerir en países donde su Constitución está por encima del Pacto, por más que éste se encuentre sobre las leyes, e incluso en naciones donde el Pacto y la Constitución tienen la misma cotización jurídica...”.

⁶⁷ Véase a este respecto: Sáiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 CE de la Constitución Española*, Madrid, 1999, p. 137.

obligación internacional y determinaría la responsabilidad internacional. Todo lo cual, no lo puede hacer, aunque suene atractivo llamarles así a los jueces nacionales.

El juez nacional, lo que debe hacer es conocer, usar, aplicar e interpretar la CADH y demás tratados de derechos humanos, velar porque el objeto, fin y efecto de éstos no se vea mermado por otras normas que integran su sistema jurídico nacional y, en sí, cumplir con la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a fin de no generar responsabilidad internacional. Pero en todo caso e independientemente de la jerarquía normativa, es más importante en mi opinión, como antes dije, que se aplique la norma que mejor proteja o menos restrinja los derechos humanos. Lo cual es más y mejor que exigirle que haga un contraste normativo a partir de una norma que el sistema jurídico nacional que está obligado a observar no siempre le pone como la norma que debe prevalecer y cuando pueden existir normas internas con mejor contenido para la protección de los derechos y libertades.⁶⁸

Y más aún, en realidad, la interpretación del derecho de origen nacional conforme a la normativa internacional, no debemos olvidar, implica la interpretación del derecho interno, en la medida en que los tratados son derecho nacional una vez que fueron debidamente incorporados,⁶⁹ como lo ha señalado desde hace muchos años el doctor Héctor Fix-Zamudio.⁷⁰ Pero más, antes que verse al juez nacional como interamericano, se le debe recordar que el sistema internacional es subsidiario del interno, por lo que antes de asumir *funciones interamericanas*, está obligado a respetar y garantizar los derechos humanos, a aplicar los di-

⁶⁸ Un ejemplo de una norma con mejor protección la podemos encontrar en el artículo 2o. de la Constitución mexicana, que establece que las personas indígenas tienen el derecho de ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. Mientras que el artículo 8o. de la CADH sólo establece el derecho a contar con un traductor o intérprete si no se habla o comprende el idioma del tribunal. El elemento *cultura* sin lugar a dudas, ofrece mejor protección que la norma internacional. ¿Aún así debe estar siempre por encima la CADH u otro tratado para los fieles creyentes del *control de convencionalidad*?

⁶⁹ Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”, *cit.*, p. 339.

⁷⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999.

versos conjuntos normativos que para ello le sirvan de los que integran su derecho nacional, sean de origen internacional o interno, y que su labor es previa y más importante que la del juez interamericano, el cual sólo actuará ante su ineficiencia. Pues su labor no sólo es de contraste normativo, sino de observancia misma del contenido de los tratados interamericanos.

4. *¿Es una labor ex officio pero sujeta a regulaciones procesales?*

La Corte Interamericana ordena que este falso *control de convencionalidad* se ejerza de oficio por los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia. Lo cual significa que independientemente de que las partes lo hagan valer, esas autoridades nacionales lo deben desarrollar. Ello, sonaría lógico, si existiera claridad respecto a qué implica de manera concreta ese supuesto *control de convencionalidad*, para determinar si las regulaciones procesales lo autorizan a todos los órganos. Y más aún, está bien, se aplica de oficio, pero ¿cuáles son sus efectos?, ¿qué consecuencias tiene? Peor aún, si a nivel interno se prevén recursos para la protección de derechos humanos y sólo pueden iniciarse a instancia de parte, en el sentido más amplio que se quiera de la legitimación para activar un procedimiento, pero necesariamente a instancia de parte ¿qué hace el juez?, lo ejerce *ex officio* porque así lo dice la Corte IDH o se sujeta a las regulaciones procesales de su labor, que por regla general no prevén un control de normas como el propuesto. Esto, sin olvidar, más en derechos humanos, que por el principio de legalidad la autoridad sólo puede hacer lo que la ley le establece, y como hemos visto, ningún tratado establece la obligación de hacer el contraste normativo que pide la Corte IDH. Entonces, ¿cómo hacer compatibles estos dos elementos caracterizadores del falso *control de convencionalidad*? O bien, cómo se podría explicar de forma favorable esto, que evidentemente parece una contradicción que ordena hacer algo aunque no te lo pidan, pero sólo si puedes por tus regulaciones procesales. Entonces, en realidad tal vez no es de oficio.

Refuerzan estas dudas, lo que recientemente señaló el doctor García Ramírez, al expresar que:

La alusión a competencias (al amparo del principio de legalidad, corresponde a la ley la asignación de competencias a los órganos judiciales) y a procedimientos (cuyo diseño y alcance incumbe igualmente a la ley) no apareja por fuerza que todos los jueces sean competentes para aplicar, sin mayores exigencias internas, el control de convencionalidad.⁷¹

De igual forma, y sirve para reafirmar la debilidad de la construcción de esta aparente doctrina, es falso lo que señala uno de los autores más seguidos en el tema en la actualidad, respecto a que desde el caso Trabajadores tal característica se ha mantenido firme.⁷² Pues basta revisar tres pronunciamientos posteriores a ese caso (Cantuta, Boyce y Heliodoro) para darnos cuenta de que ello no es así, además de que justamente en el caso Trabajadores la Corte IDH señaló, pese a que introduce el elemento *ex officio*, que: “No implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.⁷³

Estos aspectos deben ser precisados en sus fines, posibilidades y consecuencias, entendiendo que en el origen real de la idea en la Corte IDH había claras dudas, si se considera toda la jurisprudencia y no se hace a partir de una construcción selectiva de ésta, lo cual da muestra de otra de las inconsistencias y debilidades teóricas del *falso control de convencionalidad*.

5. Efectos no definidos ¿de acuerdo a las competencias del órgano?

La Corte IDH ha dicho que se debe hacer un contraste entre la CADH y las normas nacionales para velar por el efecto útil de ésta y no se vean mermados su objeto y fin; que se debe hacer siempre, aunque de acuer-

⁷¹ García Ramírez, Sergio, “El control interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, cit., p. 151.

⁷² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, cit., p. 582.

⁷³ Corte IDH, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, párr. 128.

do a competencias y regulaciones procesales, pero además, que eso se debe hacer observando el tratado y la jurisprudencia emitida por ella. Pero no ha dicho, nunca, qué efectos produce todo ello, si son siempre los mismos efectos o bien, si los efectos estarán sujetos a esas competencias y regulaciones procesales, lo cual parecería lo más lógico. Sea una u otra respuesta, parte de la doctrina opina que el efecto es inaplicar,⁷⁴ porque en el control difuso de constitucionalidad suele ser ello lo que pasa, otros que una interpretación conforme,⁷⁵ pero en realidad, la Corte IDH no ha dicho qué efectos debe producir ese falso *control de convencionalidad*.

Para dar una posible respuesta a ello, el doctor Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado como juez *ad hoc* en el caso Cabrera García y Montiel Flores, y después en diversos artículos académicos⁷⁶ ha intentado dar una respuesta al hablar de *intensidades* en el control difuso. Señalando que es mayor cuando se tienen competencias para inaplicar o declarar la invalidez de normas en sus sistemas nacionales. Esto es, lo centra justo en lo que también creo yo, en la competencia del órgano que lo lleva a cabo. Pero eso, él y yo lo suponemos.⁷⁷ La Corte IDH nada ha establecido. Pero, si esto es así, nuevamente surge un problema, pues sus efectos están íntimamente relacionados con quién puede llevarlo a cabo, y en ese sentido, como ya lo decíamos antes, que deba ser *ex officio* muy probablemente no tiene sentido, pues por más que se tenga la voluntad y deseo de ejercitar ese falso *control de convencionalidad*, si las

⁷⁴ Sagües, Nestor P., “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, *cit.*, pp. 422 y 424.

⁷⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, *cit.*, p. 535.

⁷⁶ Los trabajos académicos han derivado de ese voto, entre ellos está: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, *cit.*

⁷⁷ Una muestra de la poca claridad de esto la da el doctor García Ramírez (“El control interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, *cit.*, p. 151), quien señala que: “Lo importante es que haya control de convencionalidad. Resulta secundario y opinable —y en todo caso depende de las circunstancias nacionales— el método que se elija, mientras no excluya el cumplimiento del deber de control que atañe a los depositarios de la función pública”. ¿Qué significa eso? Si el formalmente creador del término no sabe a 6 años para dónde ir ¿qué esperar de nosotros los demás?

regulaciones procesales no prevén efectos a esa actuación, es imposible que se ejerza de esa manera.

Pero si no fuera suficiente todo esto, para tratar de explicar sus efectos y la manera en la que se puede llevar a cabo, ya también se habla de la posibilidad de plantear una *cuestión prejudicial de convencionalidad*,⁷⁸ *dudas de convencionalidad*⁷⁹ o *algo similar*⁸⁰ a las llamadas *cuestiones de inconstitucionalidad*.⁸¹ Tal vez pensando también en las *cuestiones prejudiciales* del sistema de la Unión Europea con el TJUE, pero insisto, que no es un sistema como el interamericano de derechos humanos.

Así, los efectos no están claros, al parecer, la forma de accionarse tampoco. Pero justo esto y antes que se desarrolle, da lugar en mucho a la siguiente pregunta.

6. ¿Y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)?

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en lo que se refiere a la aplicación de la CADH inicia con la actividad que desarrollen los órganos nacionales y en algunos casos concluye con la interpretación última de la Corte IDH. Sin embargo, entre estos dos, está la CIDH, como también está en todos los casos relacionados con Estados que no han aceptado la competencia de la Corte IDH, pero que sí son parte de la CADH. No obstante ello, ni la jurisprudencia, ni los fieles seguidores de ésta en la doctrina han hecho mención alguna del papel que juega en ese falso *control de convencionalidad* el referido órgano interamericano.

Si no tiene relevancia alguna, también debe ser precisado si en verdad se quiere establecer un sistema congruente. Eso es así, porque en todos los casos en los que la Corte IDH podría hacer una *revisión* del *control de convencionalidad* que hayan hecho los órganos vinculados con la adminis-

⁷⁸ Jinesta L., Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”, *cit.*, p. 281.

⁷⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, *cit.*, p. 580.

⁸⁰ Nuevamente la brillante idea de “algo similar”.

⁸¹ García Ramírez, Sergio, “El control interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, *cit.*, p. 152.

tración de justicia nacionales, como al parecer algunos piensan podría ocurrir,⁸² antes el caso necesariamente debe pasar por la CIDH, por lo que sería bueno definir qué es, o qué papel tiene en todo esto. Acaso, en esta serie de ocurrencias terminológicas débilmente sustentadas podríamos decir que la CIDH ejerce un *control de convencional concentrado pero cuasi jurisdiccional* o *difuso cuasi jurisdiccional*. O bien, podemos decir que es el órgano que precalifica el *control de convencionalidad* interno o difuso, que a su vez puede plantear la acción de *convencionalidad* ante la Corte IDH. Porque si de usar términos se trata, opciones y creatividad puede haber mucha.

Si no se piensa en la CIDH, de igual forma se están dejando de lado los muchos casos en los que los órganos nacionales estarían obligados a ejercer el falso *control de convencionalidad* pero nunca llegarían a la Corte IDH para su revisión al no habersele reconocido competencia. ¿O acaso esos casos resultan irrelevantes y ahí no existe el *falso control de convencionalidad*? Esto es, sólo los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH están obligados a ejercer *control de convencionalidad*. Creo que eso no puede ser, y aunque algunos Estados no tengan referencia a un *control de convencionalidad puro* a cargo de la Corte IDH, sin duda están obligados a cumplir con la CADH y las obligaciones que ahí adquirieron. Pero a ese sistema ¿cómo le llamamos?

En el *control de constitucionalidad*, ni siquiera en un sistema mixto, existen figuras similares a la labor que desempeña la CIDH. Aún con eso, ¿podemos seguir asemejando los sistemas?, ¿quién nos explica esa parte de la doctrina?, ¿alguien pensó en la CIDH cuando se pensó en concentrados y difusos? Es más, siendo serios y responsables, sería más congruente afirmar si se quiere hablar de *control de convencionalidad* concentrado y difuso, atendiendo a la naturaleza de éste, que el difuso estaría en el sistema interamericano en manos de la CIDH y del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad,⁸³ aunque respecto al segundo, también tendría ciertas dudas.

⁸² Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”, *cit.*, p. 356.

⁸³ La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las

7. ¿Y los tratados respecto a los cuales no tiene competencia la Corte IDH?

Con todas las ocurrencias terminológicas, ya se ha hablado de la existencia de un *bloque de convencionalidad* para asemejarlo al *bloque de constitucionalidad* que tan debatido e inacabado se encuentra en la teoría del derecho constitucional. Pues bien, esta figura también tendría sus inconsistencias, ya que las normas que lo integran para el *control difuso de convencionalidad* no son las mismas que lo integran en el *control de convencionalidad puro o concentrado*, ya que mientras para los Estados, salvo reservas y declaraciones interpretativas que haya, el conjunto de tratados de los que sea parte integrarían su *bloque de convencionalidad*, esos no forman el bloque respecto al que tiene competencia la Corte IDH, pues no todos los tratados le reconocen competencia para conocer de todo su contenido.⁸⁴ Así, tampoco aquí hay identidad.

El llamado *bloque de constitucionalidad* sea en un sistema concentrado, difuso o mixto, es el mismo para todos, son las mismas referencias normativas. Quien afirma que hay un *bloque de convencionalidad* único, miente, pues en realidad son al menos dos generales y varios particulares como Estados americanos hay. Uno tan amplio como el Estado sea parte de los tratados interamericanos, y uno reducido, paralelo a ese, sujeto a que no todos los tratados le reconocen competencia plena a la Corte IDH. Un análisis serio de este tipo de ideas, desde la perspectiva internacional, muestra complicada la existencia de un *bloque de convencionalidad* único y bien definido, en la medida en que persiste una diversidad no-

Personas con Discapacidad es el único tratado que no le da competencia a la CIDH, ni a la Corte IDH para vigilar el cumplimiento de su contenido, siendo dicho Comité el mecanismo previsto para ello.

⁸⁴ La Corte IDH sólo tiene competencia para conocer de: toda la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.3 de la misma; de toda la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8, último párrafo de la misma; del párrafo *a* del artículo 8 y del artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, de conformidad con el artículo 19.6 de dicho Protocolo; del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención De Belém Do Pará”, de acuerdo con lo establecido en los artículos 11 y 12 de dicha Convención, así como jurisprudencia de la propia Corte; de toda la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de conformidad con su artículo XIII.

table en las obligaciones asumidas por los distintos Estados, lo que además tampoco permite presumir la pronta existencia de un *ius commune* latinoamericano, y menos americano, en materia de derechos humanos.

Este es otro aspecto del que sobre todo la doctrina nada ha dicho. Tal parece que como en otras cosas, olvida que eso es derecho internacional, que hay reservas, declaraciones interpretativas y competencias delimitadas de los órganos internacionales que les establecen dónde pueden y no pueden ejercer el *control de convencionalidad*. Pero como ocurre en prácticamente toda esta supuesta *doctrina del control de convencionalidad*, se proponen figuras y términos, cuando estos no son compatibles por la naturaleza de las fuentes normativas y sistemas de las que originalmente derivan.

VI. LA GARANTÍA DE TRATADOS, EL FIN QUE EN REALIDAD BUSCA LA CORTE INTERAMERICANA

Introducir un término como el de *control de convencionalidad* por la Corte IDH, se dice comúnmente que tuvo al menos dos objetivos claros: a) que los órganos de justicia en general, pero los jueces nacionales en particular, apliquen los contenidos de los tratados interamericanos, y b) que al velar por el objeto y fin de éstos, los casos no lleguen al sistema interamericano, para que no lo saturen, al protegerse y garantizarse los derechos humanos de manera efectiva al interior de cada Estado, como originalmente está diseñado el sistema.

Sin embargo, por todo lo que he señalado, el *control de convencionalidad* se muestra en la realidad americana como una labor complicada, que además, es inconsistente y poco clara no sólo en su origen y fundamento, sino también en los efectos que produce.

En mi artículo anterior,⁸⁵ y con lo inestable de los criterios jurisprudenciales entonces existentes, establecí que lo que en realidad la Corte IDH estaba pidiendo al hablar con criterio mayoritario en ese momento

⁸⁵ Véanse Castilla Juárez, Karlos A., “El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *cit.*, pp. 597, 600, 612 y ss.

de una especie de *control de convencionalidad*, era ni más ni menos que una *interpretación de derechos y libertades acorde a tratados*, y en qué se traduciría ello a partir de distinguir cinco deberes en manos de los tribunales nacionales.⁸⁶

Dos años después, y por todo lo establecido en los apartados anteriores, mi criterio y los alcances de la función no han variado mucho. Lo único que ha cambiado, es la denominación que le doy, pues si atendemos a todo lo que implica, lo que pide la Corte IDH en realidad es que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia cumplan con: *la garantía de tratados*. Pero esa función debe ser congruente con el sistema y estar debidamente sustentada, para que la exigencia no se traduzca en la imposición de un modelo que sólo puede ser diseñado a nivel interno, pero que a su vez, permita que se cumpla con las obligaciones que de manera libre se adquirieron al firmar, adherirse o ratificar un tratado.

De esta manera, *la garantía*⁸⁷ *de tratados* es la obligación (artículo 1.1 de la CADH) que toda autoridad vinculada con la administración de justicia en un Estado (artículo 28 de la CADH) tiene de asegurar *ex officio* el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, por medio de la aplicación de los tratados interamericanos que integran su sistema jurídico nacional⁸⁸ y la interpretación acorde a tratados de todas las normas internas (artículo 29 de la CADH),⁸⁹ observando la jurisprudencia

⁸⁶ Véase *ibidem*, p. 614.

⁸⁷ La Corte IDH desde sus primeros casos contenciosos (Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4) estableció que: “167. La obligación de garantizar... no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.

⁸⁸ La primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción.

⁸⁹ En materia de derechos humanos el Estado, por lo tanto, no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de dichos derechos, sino que, además, debe emprender acciones positivas. Estas acciones serán todas aquellas necesarias para posibilitar que todos los habitantes sujetos a la jurisdicción de ese Estado puedan ejercer y gozar sus derechos humanos. Así lo ha establecido la Corte IDH en diversos casos, entre los que se pueden señalar: Corte IDH, caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de enero de 2006, serie C, núm. 140, párrs. 151-153; Corte IDH, caso Comunidad

dencia de la Corte IDH (artículo 68 de la CADH) y el principio *pro persona*⁹⁰ (artículo 29 de la CADH), a fin de que no se vea mermado el objeto y fin de dichos tratados (artículo 1o. de la CADH), y de tener la competencia, de conformidad con los procedimientos especialmente establecidos para hacer efectivos los derechos humanos (artículo 2o. de la CADH),⁹¹ solicite a los órganos facultados para ello o, directamente, inaplique o expulse las normas nacionales que se opongan al contenido de los tratados interamericanos.⁹²

Como se ve, y lo señalé desde hace 2 años,⁹³ esto no es ninguna novedad, pues por el hecho de incorporarse un tratado al sistema jurídico nacional debería de suponer que esto se entiende. Pero, si se quiere hacer de manera enfática reiteración de esas obligaciones por medio de un término, creo que la antes referida sería una buena opción que, además, es enteramente compatible con el mandato del derecho internacional y asimilable por los sistemas internos.

La propuesta puede ser debatida y cuestionada, pero creo, cumple con todos los objetivos que busca la Corte IDH con el *falso control de convencionalidad*. Es más, creo que es mejor, antes de exigirles a las autoridades vinculadas con la administración de justicia que lleven a cabo un contraste normativo, buscar que primero apliquen y conozcan los tratados, que los interpreten y, si el sistema nacional se los autoriza, inapliquen las normas que atenten con los derechos humanos.

Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146, párrs. 151-155.

⁹⁰ Sobre este tema véase: Castilla Karlos, “El principio *pro persona* en la administración de justicia”, *Revista Cuestiones Constitucionales*, núm. 20, enero-junio de 2009, pp. 65-83.

⁹¹ Es la ley interna la que debe dar el marco dentro del cual el resto de los órganos del Estado debe operar; es la ley interna la que debe crear los mecanismos necesarios para que los individuos tengan el derecho de recurrir a los tribunales para exigir el cumplimiento de la obligación internacional de respetar y garantizar los derechos humanos por parte del Estado (Medina Quiroga, Cecilia y Nash Rojas, Claudio, *Sistema interamericano de derechos humanos: introducción a sus mecanismos de protección*, cit., p. 20)

⁹² Una de las principales consecuencias de la existencia del artículo 2o. de la Convención es la obligación de los Estados de preocuparse de que su legislación interna no contradiga las normas del tratado.

⁹³ Castilla Juárez, Karlos A., “El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, cit., p. 596.

La Corte IDH les ha venido exigiendo a los jueces que lleven a cabo una labor que no sólo les resulta extraña por su denominación, sino que les resulta de esa manera, porque antes de esto ni siquiera aplicaban los tratados. Les pide que hagan B, cuando históricamente ni siquiera han hecho A.

Además, lo reitero y en ello coinciden otros, si la Corte IDH exige mucho a los tribunales internos, también ella debe exigirse para transmitir mensajes claros y cognoscibles por todos los destinatarios,⁹⁴ por lo que está obligada junto con exigir el cumplimiento de esta *garantía de tratados*, a establecer cómo se usa su jurisprudencia⁹⁵ y crear una reseña o sumario de ésta, de tal modo que quien desee conocer y aplicar su jurisprudencia, no tenga que leer varios miles de páginas para descubrirla.⁹⁶ Y menos, espero, que tenga que acudir a análisis jurisprudenciales que, como ha ocurrido con el llamado *control de convencionalidad*, se construyen a partir de la selección de sólo algunos criterios y no de la totalidad, lo que trae por resultado la creación de figuras e interpretaciones que poco tienen que ver con la CADH, y con el objeto y fin de los tratados interamericanos.

VII. IDEAS CONCLUSIVAS

El fin último del *falso control de convencionalidad* exigido por la Corte IDH a los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia es, sin duda, una labor que ningún órgano de ningún Estado parte a la CADH puede eludir, ya que respetar y garantizar los derechos huma-

⁹⁴ Cfr. Sagües, Nestor P., “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, cit., p. 436.

⁹⁵ Algunas ideas a este respecto véanse en: Castilla Juárez, Karlos A. “El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, cit., p. 619.

⁹⁶ Cfr. Sagües, Nestor P., “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, cit., p. 436.

nos, así como velar por el objeto y fin de la CADH son obligaciones que se adquirieron al adherirse o ratificar dicho tratado.

Obligar a los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia a que coloquen por debajo de la CADH todas las normas que integran su derecho nacional, incluida su propia Constitución, teniendo como sustento sólo una sentencia, por obligatoria que ésta sea, es una labor que se muestra complicada y ha sido inconsistentemente desarrollada tanto por la Corte IDH, como por la doctrina que respalda ello sin cuestionamientos.

Al tener 6 años de incipiente desarrollo, muchas dudas por aclarar y una comprobable débil aceptación práctica en las jurisdicciones nacionales, se está a tiempo de que la Corte IDH replantee, ajuste, fundamente y corrija el medio que busca para su fin, el sistema que en realidad quiere crear, siendo una opción para ello la exigencia del cumplimiento de la *garantía de tratados* que aquí ha sido propuesta, aunque bastaría con reiterarles las obligaciones primarias que adquirieron al ser parte de la CADH y otro tratados, no sólo interamericanos, sino universales de derechos humanos.

La Corte IDH al establecer una exigencia tan trascendente a los sistemas nacionales de justicia, debe ser corresponsable de ello y proporcionar las herramientas necesarias para alcanzar el fin último que busca, lo que conlleva, proporcionar una sistematización oficial de su jurisprudencia, la precisión del valor jurídico que cada una de éstas tiene (casos contenciosos —de lo que se es parte y de lo que no—, opiniones consultivas, medidas provisionales) y la forma en que debe ser utilizada.

La aplicación siempre prevalente de la CADH frente a las normas de origen nacional no es el mejor sistema de protección de los derechos humanos, ya que, en primer lugar, dicho tratado debe ser la base y no el techo para el desarrollo de los derechos humanos que las normas nacionales deberían llevar a cabo y, en segundo lugar, antes que la *supremacía* de una norma se debería buscar en todo caso la *primacía* de aquélla que mejor proteja o menos restrinja los derechos humanos en aplicación del principio *pro persona*, sin importar su origen nacional o internacional.

Una muestra de la complejidad del entendimiento del *falso control de convencionalidad* puede ser analizada en México, ya que pese a su inclusión en un pronunciamiento que hizo la Suprema Corte de Justicia

de la Nación,⁹⁷ todo parece indicar que pese al contenido del artículo 1o. constitucional que crea un bloque de derechos humanos integrado por los derechos reconocidos en la Constitución y los tratados, ese tribunal constitucional pondrá al *control de convencionalidad* sometido a un *control de constitucionalidad* con lo que los fines no se alcanzarán,⁹⁸ y más bien, habrá un retroceso. Además de que ante la falta de claridad de la figura y el poco interés por conocer lo que en realidad significaba al momento de discutirse, han surgido ideas tan absurdas como la creación de subcontroles difusos o indirectos y concentrados o directos de *convencionalidad*,⁹⁹ por lo que ya hay tendencias que hablan de un *control difuso del difuso de convencionalidad*, así como un *concentrado del difuso de convencionalidad*. ¿Qué significan? Es difícil de entender, más cuando ni siquiera el originalmente propuesto se encuentra sólidamente construido, desarrollado y configurado. Pero en todos los casos, éstos estarán subordinados al de *constitucionalidad* pese al contenido de la Constitución mexicana, con lo cual, se confirma que es un *falso control de convencionalidad* pues la supuesta *convencionalidad* que harán es sólo la utilización del término, ya que ésta estará siempre subordinada a la Constitución, a una evaluación superior de constitucionalidad. Las cosas seguirán iguales, o peores.

La protección de los derechos humanos no se puede construir a partir de ocurrencias terminológicas y la repetición sin análisis de fondo de éstas. Menos, cuando con ellas se tocan funciones nacionales que pese a la existencia de un sistema internacional de protección de los derechos humanos, sólo corresponde a los Estados organizar y configurar.

⁹⁷ Para conocer más de ese caso ante la Suprema Corte véase: Castilla Juárez, Karlos, “México y el sistema interamericano de derechos humanos: Una visión de la historia del caso Radilla en nuestro tribunal constitucional”, en Pérez Johnston, Raúl *et al.* (coords.), *Obra Jurídica Enciclopédica, Derechos Humanos Internacional*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2012 (pendiente de publicación); Cossío Díaz, José Ramón *et al.*, *Documentos del caso Radilla*, México, Porrúa, 2012.

⁹⁸ Véase versiones taquigráficas de las sesiones del Pleno de la SCJN celebradas, primero el 31 de enero, 2 y 7 de febrero, y después el 12 y 13 de marzo de 2012, en donde una mayoría de ese tribunal parece estar de acuerdo respecto a que existen 2 parámetros para evaluar la conformidad de leyes a normas superiores, uno de constitucionalidad y otro de convencionalidad, en donde el segundo se encuentra subordinado al primero.

⁹⁹ *Idem.*

La creación de una *doctrina* sería en ningún caso puede sostenerse sólo en una parte de la totalidad de los pronunciamientos jurisprudenciales existentes, menos cuando no todos son coincidentes en aspectos que no son meros matices o el uso de una palabra, sinónimo o frase, sino que tienen que ver con la naturaleza, forma, efectos y responsables de llevarla a cabo.

La Corte IDH está a tiempo de reformular su exigencia y aportar las herramientas necesarias para ello, con su nueva integración a partir de enero de 2013 esto se mostraría como una labor digna de retomar para precisar a todas las jurisdicciones nacionales lo que de ellas quiere, pero siempre, recordándoles que el sistema interamericano es subsidiario o complementario de los sistemas nacionales, por lo que la aplicación y observancia de la CADH está y ha estado desde antes de la ocurrencia del *control de convencionalidad* en manos de la jurisdicción nacional, y no sólo como un contraste normativo, sino desde un primario y original respeto y garantía de los derechos humanos que no se alcanza sólo con el mero contraste y evaluación de la regularidad de normas.

Los tratados de derechos humanos son derecho interno en prácticamente todos los Estados americanos porque así han sido incorporados a los sistemas nacionales. No son algo inteligible y para entender sus alcances se debe observar la jurisprudencia de la Corte IDH para lograr un mejor desarrollo y comunicación entre los sistemas nacionales y el interamericano.

Pero antes de un debate de normas, de sistemas de control de normas o de cuál es un mejor tribunal, se debe recordar que hablando de derechos humanos, no sólo hay teorías o doctrinas, sino personas que exigen que sus derechos y libertades sean una realidad. Debemos pensar en todas y todos, que también somos nosotros, y la mejor manera en que los derechos humanos dejarán de ser letras en papel para convertirse en realidad.

Pero además, nunca debemos olvidar que el mejor sistema normativo o de protección de los derechos humanos no es ni será el que siempre y ante todo se imponga o prevalezca, sino el que permita que de mejor manera se protejan y garanticen los derechos humanos de todas y todos.