

**VOTO RAZONADO DEL JUEZ AD HOC EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS EN EL CASO CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES VS. MÉXICO,
DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2010**

I. INTRODUCCIÓN

1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH” o “Tribunal Interamericano”) ha reiterado en el presente caso, por unanimidad de votos, su doctrina jurisprudencial sobre el “control de convencionalidad”. He considerado oportuno emitir el presente voto razonado para resaltar las nuevas consideraciones y precisiones que sobre dicha doctrina se vierten en esta Sentencia, así como para enfatizar su trascendencia para el sistema jurisdiccional mexicano y, en general, para el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

2. Los jueces que integramos la Corte IDH en el presente asunto, deliberamos sobre diversos aspectos del “control de convencionalidad” en dos momentos, reflejados en sendos apartados de la Sentencia pronunciada en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (en adelante “la Sentencia”). En primer lugar, al desestimar la excepción preliminar planteada por el Estado demandado, relativa a la alegada incompetencia de la Corte IDH como “tribunal de alzada” o de “cuarta instancia”;¹ en segundo término, al establecer las medidas de reparación derivadas de las violaciones a determinadas obligaciones internacionales, especialmente en el capítulo de “Garantías de no repetición” y particularmente en el acápite sobre la necesaria “Adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en materia de justicia”.²

3. Para una mayor claridad, abordaremos por separado: a) la excepción preliminar opuesta por considerar incompetente a la Corte IDH por motivos de “cuarta instancia” al haber realizado los tribunales nacionales el “control de convencionalidad” (párrs. 4 a 12); b) las principales características del “control difuso de convencionalidad” y sus precisiones en el presente caso (párrs. 13 a 63); c) las implicaciones de esta doctrina jurisprudencial en el ordenamiento jurídico mexicano (párrs. 64 a 84), y d) algunas conclusiones generales sobre la trascendencia de esta fundamental doctrina de la Corte IDH, que de manera progresiva está creando un *ius constitutionale commune* en materia de derechos humanos para el continente americano o, por lo menos, para América Latina (párrs. 85 a 88).

¹ Cfr. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22.

² *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *supra* nota 1, párrs. 224 a 235.

II. EXCEPCIÓN PRELIMINAR DE "CUARTA INSTANCIA" Y "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD"

4. El Estado demandado hizo valer como excepción preliminar la incompetencia de la Corte IDH debido a que estimó que lo pretendido ante esa instancia internacional consistía en revisar el proceso penal que fue seguido por todas las instancias jurisdiccionales competentes en sede nacional, donde incluso se interpusieron recursos (apelaciones) y se presentaron juicios de amparo; además, se afirma, fue ejercido el "control de convencionalidad" *ex officio*, lo que a su entender hace incompetente al Tribunal Interamericano al no poder "revisar" lo juzgado y decidido previamente por los jueces domésticos que aplicaron parámetros convencionales. Este alegato sobre el ejercicio previo del "control de convencionalidad" en sede nacional, como excepción preliminar, resulta novedoso y fue motivo de especial atención por los jueces integrantes de la Corte IDH.

5. En principio, es necesario recordar que la Corte IDH, ha considerado que "si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que este Tribunal [Interamericano] deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana,³ lo cual incluye, eventualmente, las decisiones de tribunales superiores".⁴

6. En tal sentido, si bien existe jurisprudencia constante relativa a los planteamientos de excepciones preliminares por motivos de "cuarta instancia", es la primera vez que se alega que los tribunales nacionales efectivamente ejercieron el "control de convencionalidad" en un proceso ordinario que fue seguido en todas sus instancias, incluyendo los recursos ordinarios y extraordinarios respectivos, por lo que no puede nuevamente analizarse por los jueces interamericanos al implicar una revisión de lo decidido por los tribunales nacionales que aplicaron normatividad interamericana. Al respecto, la Corte IDH reitera que si bien la protección internacional resulta "de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos", como se expresa en el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (principio de subsidiariedad que también ha sido reconocido desde el inicio de su propia jurisprudencia),⁵ lo cierto es que para poder realizar un análisis valorativo del cumplimiento de determinadas obligaciones internacionales "existe una intrínseca interrelación entre el análisis del derecho internacional y de derecho interno" (párr. 16 de la Sentencia).

³ Cfr. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 222; *Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 44, y *Caso Da Costa Cadogan vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de septiembre de 2009, Serie C No. 204, párr. 12.

⁴ Cfr. *Caso Gomes Lund y Otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 49.

⁵ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61: "La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta "coadyuvante o complementaria" de la interna (Convención Americana, Preámbulo)."

7. Esta “interacción” se convierte, en realidad, en una “viva interacción”⁶ con intensos vasos comunicantes que propician el “diálogo jurisprudencial”, en la medida en que ambas jurisdicciones (la doméstica y la internacional) necesariamente deben atender a la normatividad “nacional” y a la “convencional” en determinados supuestos. Así sucede, en vía de ejemplo, con la valoración sobre la legalidad de una detención. La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las “Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral.

8. De tal manera que para poder determinar si las actuaciones de los jueces nacionales resultan compatibles con el Pacto de San José, en determinados casos se tendrá que analizar su actuación a la luz de la propia normatividad interna y siempre atendiendo a la Convención Americana, especialmente para valorar lo que podríamos denominar el “debido proceso convencional” (en sentido amplio).⁷ Dicho análisis, por consiguiente, no puede constituir una “cuestión preliminar”, sino fundamentalmente representa una “decisión de fondo”, donde precisamente se analizaría, *inter alia*, si un determinado ejercicio del “control de convencionalidad” por parte de los tribunales nacionales resultó compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado y a la luz de la propia jurisprudencia interamericana.

9. Las anteriores consideraciones, por supuesto, no otorgan competencia absoluta a la Corte IDH para revisar en cualquier caso y condición la actuación de los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna, toda vez que ello implicaría examinar nuevamente los hechos, valorar las pruebas y emitir una sentencia que eventualmente pudiera tener por efecto confirmar, modificar o revocar el veredicto nacional; cuestión que claramente excedería la competencia propia de esa jurisdicción internacional al sustituirse a la

⁶ Expresión del actual presidente de la Corte IDH, Diego García-Sayán; *cfr.* su trabajo, “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 323-384.

⁷ Si bien no existe de manera expresa referencia al “debido proceso” en la Convención Americana, el conjunto de derechos del propio Pacto y el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, ha creado, en su conjunto, lo que podría denominarse el “debido proceso convencional”, integrado por diversos derechos. En un interesante voto concurrente, Sergio García Ramírez advierte que “[...] Entre los temas examinados con mayor frecuencia por la Corte Interamericana se halla el llamado debido proceso legal, concepto desenvuelto por la regulación y la jurisprudencia angloamericana. El Pacto de San José no invoca, literalmente, el “debido proceso”. Con otras palabras, sin embargo, organiza el sistema de audiencia, defensa y decisión entrañado en aquel concepto. Cumple esta misión --esencial para la tutela de los derechos humanos-- con diversas expresiones y en distintos preceptos, entre ellos el artículo 8º, que figura bajo el rubro de “Garantías judiciales”. Lo que se pretende con ello es asegurar al individuo que los órganos del Estado llamados a determinar sus derechos y deberes --en múltiples vertientes-- lo harán a través de un procedimiento que provea a la persona con los medios necesarios para defender sus intereses legítimos y obtener pronunciamientos debidamente motivados y fundados, de manera que se halle bajo el amparo de la ley y al abrigo del arbitrio” (Párr. 3, del voto razonado que formuló, en relación con la Sentencia del *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151).

jurisdicción interna y violentar el carácter subsidiario y complementario esencial de aquélla. En efecto, las garantías convencionales descansan en el “principio de subsidiariedad” antes referido, reconocido expresamente en los artículos 46.1.a) de la propia Convención Americana, previendo de manera clara como requisito de actuación de los órganos interamericanos “que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”; regla que a su vez complementa el dispositivo 61.2 del mismo Pacto, al prever de manera explícita como condición de actuación de la Corte IDH el “que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50” (referido al procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

10. La Corte IDH no tiene competencia para convertirse en una “nueva y última instancia” para resolver los planteamientos originales de las partes en un proceso nacional. Esto lo tiene claro el Tribunal Interamericano como no puede ser de otra manera. Cobran relevancia las lúcidas reflexiones de un destacado juez interamericano al referirse precisamente sobre esta cuestión:⁸

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

11. De lo expuesto se concluye que la jurisdicción interamericana será competente, en determinados casos, para revisar las actuaciones de los jueces nacionales, incluido el correcto ejercicio del “control de convencionalidad”, siempre y cuando el análisis se derive del examen que realice de la compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de sus Protocolos adicionales y de su propia jurisprudencia convencional; sin que ello implique convertir al Tribunal Interamericano en un “tribunal de alzada” o de “cuarta instancia”, *ya que su actuación se limitará al análisis de determinadas violaciones de los compromisos internacionales asumidos por el Estado demandado en el caso particular, y no de todas y cada una de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales domésticos*, lo que evidentemente en este último supuesto equivaldría a sustituir a la jurisdicción interna, quebrantando la esencia misma de la naturaleza coadyuvante o complementaria de los tribunales internacionales.

12. Por el contrario, la Corte IDH es competente para conocer “de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes”;⁹ siendo precisamente el objetivo principal del Tribunal Interamericano “la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”,¹⁰ de donde deriva su competencia también para analizar el debido ejercicio del “control de convencionalidad” por el juez nacional *cuando existan violaciones al Pacto de San José*, análisis que el juez convencional realizará, necesariamente, al resolver el “fondo” del asunto y no como “excepción preliminar”, al ser en aquel momento donde se efectúa el “examen de

⁸ Párr. 3 del voto razonado formulado por el juez Sergio García Ramírez, a propósito de la sentencia emitida en el *Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.

⁹ Artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁰ Artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

convencionalidad” de la actuación interna a la luz de la Convención Americana y de la interpretación que se realice a la misma por la Corte IDH.

III. LA DOCTRINA DEL “CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD” Y SUS PRECISIONES EN EL PRESENTE CASO

A. SURGIMIENTO Y REITERACIÓN DE LA DOCTRINA

13. La doctrina del “control de convencionalidad” surge en el año 2006,¹¹ en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*:¹²

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.¹³

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

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”.¹⁴ Esta regla ha sido codificada en el

¹¹ Con anterioridad existen referencias al “control de convencionalidad” en algunos votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez. Cfr. sus votos en los Casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27; *Caso Tibi vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004, párr. 3; *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, *supra* nota 8, párrs. 6 y 12.

¹² *Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs. 123 a 125.

¹³ Cfr. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 172; y *Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 140.

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

artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.”

14. El precedente anterior fue reiterado con ciertos matices, dos meses después, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*.¹⁵ En efecto, en este fallo se invoca el criterio del *Caso Almonacid Arellano* sobre el “control de convencionalidad” y lo “precisa” en dos aspectos: (i) procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten; y (ii) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

15. Desde entonces se ha venido consolidando la esencia de esta doctrina, al aplicarse en los casos contenciosos siguientes: *La Cantuta vs. Perú* (2006);¹⁶ *Boyce y otros vs. Barbados* (2007);¹⁷ *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008);¹⁸ *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009);¹⁹ *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010);²⁰ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010);²¹ *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010);²² *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010);²³ *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*

¹⁵ *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad”¹⁵ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (Subrayado añadido).

¹⁶ *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173.

¹⁷ *Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 79.

¹⁸ *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180.

¹⁹ *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339.

²⁰ *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 208, nota 307.

²¹ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 311.

²² *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 234.

²³ *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 219.

vs. Bolivia (2010);²⁴ *Vélez Loor vs. Panamá* (2010);²⁵ *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010),²⁶ y ahora, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010).²⁷

16. Además, la doctrina jurisprudencial también se aplicó en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, en los *Casos Fermín Ramírez, y Raxcacó Reyes*, así como en la solicitud de “ampliación de medidas provisionales” de *Raxcacó Reyes y Otros*, todos *vs. Guatemala*.²⁸ Y también ha sido motivo de profundas reflexiones por parte de algunos de los jueces de la Corte IDH al emitir sus votos razonados, como los ex presidentes García Ramírez,²⁹ y Cançado Trindade,³⁰ así como del juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas,³¹ a los que nos referiremos más adelante.

B. APORTACIONES EN EL CASO CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES

17. En la Sentencia a que se refiere el presente voto razonado, se reitera la esencia de la doctrina del “control de convencionalidad” con algunas precisiones de relevancia, en los siguientes términos:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Subrayado añadido).

²⁴ *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1º de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 202.

²⁵ *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 287.

²⁶ *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 106.

²⁷ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, supra* nota 1, párr. 225.

²⁸ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de mayo de 2008, párr. 63.

²⁹ Además de los votos razonados referidos *supra* nota 11, véanse sus votos posteriores al *leading case Almonacid Arellano*, que emitió reflexionando sobre el “control de convencionalidad”: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra* nota 15, párrs. 1 a 13 del voto razonado; y *Caso Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 3 del voto razonado.

³⁰ *Cfr.* sus votos razonados en los *Casos Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra* nota 15, especialmente los párrs. 2 y 3 de su voto; así como en la solicitud de interpretación de sentencia derivada de dicho caso, de 30 de noviembre de 2007, especialmente los párrs. 5 a 12, 45 y 49, de su voto disidente.

³¹ *Cfr.* su voto razonado y concurrente en el *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, supra* nota 4, párrs. 4 y 5.

18. Como puede apreciarse, la Corte IDH aclara su doctrina sobre el “control de convencionalidad”, al sustituir las expresiones relativas al “Poder Judicial” que aparecían desde el *leading case Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), para ahora hacer referencia a que “todos sus órganos” de los Estados que han ratificado la Convención Americana, “incluidos sus jueces”, deben velar por el efecto útil del Pacto, y que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están obligados a ejercer, de oficio, el “control de convencionalidad”.

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

20. Así, no existe duda de que el “control de convencionalidad” debe realizarse *por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales*, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos,³² y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH,³³ de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA.

C. CARACTERIZACIÓN DEL “CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD” A LA LUZ DE SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

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

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

22. 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”, teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el “control

³² Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³³ Los Estados citados en la nota anterior, con excepción de Dominicana y Jamaica (que hasta la fecha no han aceptado dicha jurisdicción) y Trinidad y Tobago (por denuncia en 1999).

concentrado de convencionalidad” lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este “control concentrado” lo realizaba, fundamentalmente, la Corte IDH. Ahora se ha transformado en un “control difuso de convencionalidad” al extender dicho “control” a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte IDH su calidad de “intérprete última de la Convención Americana” cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.³⁴

23. Se trata de un “sistema de control extenso (vertical y general)” como acertadamente lo ha puesto de relieve el ex juez interamericano Sergio García Ramírez. Al respecto, resultan ilustrativas sus reflexiones vertidas en el voto razonado que formuló con motivo de la Sentencia emitida en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*:³⁵

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

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

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

24. El “control difuso de convencionalidad” convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo

³⁴ 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.

³⁵ *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, *supra* nota 15, párrs. 4, 12 y 13 del voto razonado.

los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva "misión" que ahora tienen para salvaguardar el *corpus juris* interamericano a través de este nuevo "control".

25. Este proceso evolutivo de recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos se manifiesta claramente en reformas legislativas trascendentales en los Estados nacionales, al incorporar diversas cláusulas constitucionales para recibir el influjo del Derecho Internacional. Así sucede con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos,³⁶ o incluso aceptando su carácter de supraconstitucionalidad cuando resulten más favorables;³⁷ el reconocimiento de su especificidad en esta materia;³⁸ la aceptación de los principios *pro homine* o *favor libertatis* como criterios hermenéuticos nacionales;³⁹ en la incorporación de "cláusulas abiertas" de recepción de otros derechos conforme a la normatividad convencional;⁴⁰ o en cláusulas constitucionales para interpretar los derechos y libertades "conforme" a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos,⁴¹ entre otros supuestos.⁴² De esta forma las normas convencionales adquieren carácter constitucional.

26. El desarrollo descrito de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional, también se debe a las propias jurisdicciones domésticas, especialmente a las altas jurisdicciones constitucionales, que progresivamente han privilegiado interpretaciones dinámicas que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales.⁴³ Se forma un auténtico "bloque de constitucionalidad", que si bien varía de país a país, la tendencia es considerar

³⁶ De manera explícita, por ejemplo, en Argentina (art. 73) y República Dominicana (art. 74.3, de la nueva Constitución proclamada en enero de 2010).

³⁷ Bolivia (art. 256); Ecuador (art. 424); y Venezuela (art. 23).

³⁸ Con independencia de la jerarquía normativa que le otorguen, un número importante de textos constitucionales reconocen algún tipo de especificidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, por ejemplo, en Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Guatemala, Colombia, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela. Además, en las Entidades Federativas mexicanas de Sinaloa, Tlaxcala y Querétaro.

³⁹ Por ejemplo, en el Perú (art. Transitorio Cuarto); Ecuador (art. 417); y en la nueva Constitución de la República Dominicana, de enero de 2010 (art. 74.4).

⁴⁰ Por ejemplo, Brasil (artículo 5.LXXVII.2), Bolivia (art. 13.II), Colombia (art. 94), Ecuador (art. 417), Panamá (art. 17), Perú (art. 3), República Dominicana (art. 74.1) y Uruguay (art. 72).

⁴¹ Por ejemplo, Bolivia (art. 13.IV), Colombia (art. 93), Haití (art. 19) y en las Entidades Federativas mexicanas de Sinaloa (4º Bis C), Tlaxcala (artículo 16 B) y Querétaro (Considerando 15).

⁴² Sobre la "interpretación conforme" con los pactos internacionales, véase Caballero, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España*, México, Porrúa, 2009.

⁴³ Dos de las jurisdicciones constitucionales más representativas que desde principios de la década de los noventa han adoptado interpretaciones sobresalientes para favorecer la aplicabilidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, son la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica y la Corte Constitucional de Colombia. La primera otorgó carácter supraconstitucional a los tratados internacionales de derechos humanos en la medida en que éstos sean más favorables a los previstos a nivel constitucional. La segunda, al reconocer dentro del "bloque de constitucionalidad" a dichos tratados. Ambas jurisdicciones han tenido importantes desarrollos posteriores en esta materia.

dentro del mismo no sólo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en algunas ocasiones el “bloque de convencionalidad” queda subsumido en el “bloque de constitucionalidad”, por lo que al realizar el “control de constitucionalidad” también se efectúa “control de convencionalidad”.

27. Precisamente la Corte IDH en los párrs. 226 a 232 de la Sentencia a que se refiere el presente voto razonado, ha querido ejemplificar la manera en que tribunales de la “más alta jerarquía” han aplicado y aceptado el “control de convencionalidad” considerando la jurisprudencia interamericana. Representa una manifestación clara de este interesante proceso de “recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos” y sin lugar a dudas “constituye uno de los rasgos positivos sobresalientes en la hora actual, que conviene reconocer, sostener y acrecentar”.⁴⁴

28. Al respecto, en la sentencia que motiva el presente voto razonado se transcriben pasajes de diversos fallos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica; del Tribunal Constitucional de Bolivia; de la Corte Suprema de Justicia de República Dominicana; del Tribunal Constitucional del Perú; de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina; y de la Corte Constitucional de Colombia. Son algunos ejemplos que permiten comprender esta dinámica de recepción jurisdiccional del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia convencional.

29. Si observamos con detenimiento los fallos referidos, puede apreciarse que algunos de los criterios fueron adoptados con anterioridad a la creación pretoriana del “control de convencionalidad” en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006, como sucedió con los precedentes de Argentina (2004) Costa Rica (1995), Colombia (2000), República Dominicana (2003) o Perú (2006). Resulta evidente que la Corte IDH crea la doctrina del “control difuso de convencionalidad” advirtiendo la tendencia de la “constitucionalización” o, si se prefiere, “nacionalización”⁴⁵ del “derecho internacional de los derechos humanos” y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento “hermenéutico” y de “control” de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, la Corte IDH recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad”.

30. A su vez, se advierte que varias altas jurisdicciones nacionales incorporaron los parámetros del “control difuso de convencionalidad” debido al reconocimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH a partir de la creación de dicha doctrina en el año 2006. Especial mención es el trascendental precedente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina del año 2007 (Caso “Mazzeo”),⁴⁶ donde expresa el deber del Poder Judicial local

⁴⁴ Párr. 9 del voto razonado emitido por el juez Sergio García Ramírez, con motivo de la sentencia referida al *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, *supra* nota 15.

⁴⁵ Cfr. García-Sayán, Diego, “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, *op. cit.*, *supra* nota 6.

⁴⁶ *Caso “Mazzeo, Lulio Lilo y otros s/Recurso de Casación e Inconstitucionalidad*, de 13 de julio de 2007. Sobre este importante fallo y en general sobre el carácter evolutivo de recepción del derecho internacional por parte de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, véase Bazán, Víctor, “El derecho internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con particular énfasis en materia de derechos humanos”, en *La Ley, Suplemento Extraordinario (75 Aniversario)*, Buenos Aires, Agosto de 2010, pp. 1-17, especialmente sobre el caso “Mazzeo” véase pp. 10, 11 y 16; asimismo, Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)” en *Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 7, N° 2, 2009, pp. 109-128; y Loiano, Adelina, “El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte

de ejercer el "control de convencionalidad", reproduciendo prácticamente lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. En efecto, en el párr. 21 del referido fallo de la Corte Suprema de Argentina se dice textualmente:

21) Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana -CIDH Serie C N- 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágraf. 124-.

31. Se produce un interesante influjo entre la Corte IDH y las jurisdicciones nacionales que propicia el "diálogo jurisprudencial".⁴⁷ Diálogo que incide en la debida articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano o, por lo pronto, en latinoamérica. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se conjuga con el Derecho Constitucional o, si se prefiere, se enlazan el Derecho Constitucional Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; lo anterior implica, necesariamente, una capacitación y actualización permanente de los jueces nacionales sobre la dinámica de la jurisprudencia convencional.

32. En este sentido, cobra relevancia las consideraciones del ex presidente de la Corte IDH, Antônio Augusto Cançado Trindade (actualmente juez de la Corte Internacional de Justicia), al reflexionar sobre el "control de convencionalidad" en su voto razonado con motivo del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*:⁴⁸

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

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

Suprema Argentina: "Arancibia Clavel", "Simón", "Mazzeo", en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2008.

⁴⁷ Precisamente *Diálogo Jurisprudencial* es el nombre de la revista semestral que edita conjuntamente el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, desde el segundo semestre de 2006. El objetivo es dar a conocer los fallos de los tribunales nacionales que aplican la jurisprudencia de la Corte IDH y el derecho internacional de los derechos humanos, y el influjo que a su vez recibe ese Tribunal Interamericano por parte de la jurisprudencia nacional.

⁴⁸ *Supra* nota 15, párr. 3 del voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade.

b. Intensidad del "control difuso de convencionalidad": de mayor grado cuando se tiene competencia para inaplicar o declarar la invalidez de una norma general

34. Todos los jueces y órganos que realicen funciones jurisdiccionales desde una perspectiva material "deben" ejercer el "control de convencionalidad". Es el mensaje claro que la Corte IDH envía en la Sentencia relativa al *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, materia del presente voto razonado. Lo anterior no excluye a los jueces que no pueden realizar "control de constitucionalidad".

35. En efecto, la precisión de la doctrina relativa a que los jueces deben realizar "de oficio" el control de convencionalidad "evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes",⁴⁹ no puede interpretarse como limitante para ejercer el "control difuso de convencionalidad", sino como una manera de "graduar" la intensidad del mismo. Esto es así, debido a que este tipo de control no implica necesariamente optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino implica además y en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una "interpretación convencional" de la norma nacional.

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

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

⁴⁹ Precisión que fue realizada a partir del Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)* vs. Perú, *supra* nota 15, párr. 128.

38. En efecto, al realizarse el “examen de compatibilidad convencional”, el juez nacional debe siempre aplicar el *principio pro homine* (previsto en el artículo 29 del Pacto de San José), que implica, *inter alia*, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales;⁵⁰ pudiendo incluso optar por la interpretación más favorable *en caso de aplicabilidad de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre derechos humanos*. Así lo ha interpretado la propia Corte IDH, al señalar que:⁵¹

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

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

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

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

limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

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

⁵⁰ Este precepto señala: “Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

⁵¹ *Opinión Consultiva OC-5/85*. 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, relativa a *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrs. 51 y 52.

39. En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista “interpretación convencional” posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, se limitará a señalar la inconventionalidad de la misma o, en su caso, “plantear la duda de inconventionalidad” ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el “control de convencionalidad” con mayor intensidad. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho “control” y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconventional.

40. Lo que no parece razonable y estaría fuera de los parámetros interpretativos de la Corte IDH, es que ningún órgano nacional tenga competencia para ejercer el “control difuso de convencionalidad” con intensidad fuerte, es decir, dejar de aplicar la norma al caso particular o con efectos generales como resultado de la inconventionalidad de la misma, ya que de lo contrario se produciría una responsabilidad internacional del Estado. No debe perderse de vista lo estipulado en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, relativos a la obligación de respetar los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Como lo ha señalado la propia Corte IDH, este último dispositivo tiene también “la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular”⁵² en situaciones que involucren derechos fundamentales. De tal manera que la Corte IDH, precisamente en el *Caso Almonacid Arellano* que da origen a la doctrina del “control difuso de convencionalidad”, es enfática al establecer en su párr. 123 que:

cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.⁵³ (Subrayado añadido).

41. Así, el “control difuso de convencionalidad” si bien se ejerce por todos los jueces nacionales, tiene diferentes grados de intensidad y realización, de conformidad con “*el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*”. En principio, corresponde a todos los jueces y órganos jurisdiccionales realizar una “interpretación” de la norma nacional a la luz de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (y eventualmente de otros tratados), así como de la jurisprudencia de la Corte IDH y siempre con la regla interpretativa del principio *pro homine* a que refiere el artículo 29 del Pacto de San José; en ese primer grado de intensidad se escogerá la interpretación conforme con los parámetros convencionales y, por consiguiente, se desecharán aquellas interpretaciones inconventionales o que sean de menor efectividad en el goce y protección del derecho o libertad respectivo; existe, en este sentido, un parangón con la “interpretación conforme” con la Constitución que realizan los jueces nacionales, especialmente los jueces constitucionales. En segundo término, y sólo si no puede salvarse la convencionalidad de la norma interna, el “control de convencionalidad” debe realizarse con mayor intensidad, sea inaplicando la norma al caso particular, o bien declarando su

⁵² *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, *supra* nota 13, párr. 123.

⁵³ *Cfr. Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 13, párr. 172; y *Caso Baldeón García*, *supra* nota 13, párr. 140.

invalidez con efectos generales, como resultado de su inconvencionalidad, de conformidad con las respectivas competencias de cada juez nacional.

c) Debe ejercerse "de oficio": sea invocado o no por las partes

42. Esta característica del "control difuso de convencionalidad" constituye una precisión de la doctrina original. Se estableció en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*,⁵⁴ dos meses después del *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, y a partir de entonces se ha mantenido firme en la jurisprudencia de la Corte IDH. Consiste en la posibilidad de ejercer dicho control por los jueces nacionales, *con independencia de que las partes lo invoquen*. En realidad constituye un complemento del carácter "difuso" de dicho control. Si en la anterior característica del "control difuso de convencionalidad" se establecía la intencionalidad de la Corte IDH de que se "debe" ejercer por cualquier juez, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización (de donde deriva que sea un "control difuso"), ahora se acentúa dicho carácter al especificar que además se ejerce "de oficio", lo que implica que en cualquier circunstancia los jueces deben realizar dicho control, ya que "esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto".⁵⁵

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

D) Parámetro del "control difuso de convencionalidad": El "Bloque de Convencionalidad"

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

"En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado [Pacto de San José], sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana."⁵⁶
(Subrayado añadido).

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

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ Párr. 128, *in fine*, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, *supra* nota 15.

⁵⁶ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *supra* nota 1, párr. 227.

puede excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y "otros actos internacionales de la misma naturaleza".⁵⁷

46. Sobre el particular, resultan ilustrativas las reflexiones del juez García Ramírez, en su voto razonado emitido con motivo del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, precisamente al analizar el parámetro del "control de convencionalidad":⁵⁸

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

47. Lo anterior refleja que, en realidad, el parámetro del "control difuso de convencionalidad" no sólo comprende la Convención Americana, sino también los "Protocolos" adicionales a la misma, así como otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al *corpus juris* interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH. El objeto de su mandato –dice el propio Tribunal Interamericano en un fallo reciente– "es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia"⁵⁹ y, por consiguiente, la interpretación de dichos tratados.

48. Para efectos del parámetro del "control difuso de convencionalidad", por "jurisprudencia" debe comprenderse toda interpretación que la Corte IDH realice a la Convención Americana, a sus Protocolos adicionales, y a otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza que sean integrados a dicho *corpus juris* interamericano, materia de competencia del Tribunal Interamericano. No debe perderse de vista que "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales".⁶⁰ Precisamente en la Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", la Corte IDH estableció que:⁶¹

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

⁵⁷ Artículo 29, inciso d). Véase *supra* nota 50.

⁵⁸ Párr. 3 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez, respecto de la sentencia del caso citado, de 24 de noviembre de 2006.

⁵⁹ Cfr. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, *supra* nota 24, párr. 199.

⁶⁰ OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 114.

⁶¹ OC-16/99, *supra* nota 60, párr. 115.

cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo. (Subrayado añadido).

49. Las “interpretaciones” a esta normatividad convencional no sólo comprenden las realizadas en las sentencias pronunciadas en los “casos contenciosos”, sino también las interpretaciones efectuadas en las demás resoluciones que emita.⁶² Así, quedan comprendidas las interpretaciones realizadas al resolver sobre “medidas provisionales”; sobre “supervisión de cumplimiento de sentencias” o, incluso, sobre la instancia de solicitud de “interpretación de la sentencia” en términos del artículo 67 del Pacto de San José. Asimismo, debe comprender las interpretaciones derivadas de las “opiniones consultivas” a que se refiere el artículo 64 del citado Pacto, debido, precisamente, a que tiene como finalidad “la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”.⁶³

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

51. El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del *corpus juris interamericano* con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad.⁶⁴ Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del “control difuso de convencionalidad”, pues pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido “parte material”, equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia Convención Americana, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional.

52. Así, la “fuerza normativa” de la Convención Americana alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, como “intérprete última” de dicho Pacto en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La interpretación emprendida por el Tribunal Interamericano a las disposiciones convencionales *adquiere la misma eficacia*

⁶² En términos del artículo 29 del Reglamento de la Corte Interamericana, vigente a partir del 1 de enero de 2010, que establece: “Artículo 31. Resoluciones. 1. Las sentencias y las resoluciones que pongan término al proceso son de la competencia exclusiva de la Corte. 2. Las demás resoluciones serán dictadas por la corte, si estuviere reunida; si no lo estuviere, por la Presidencia, salvo disposición en contrario. Toda decisión de la Presidencia, que no sea de mero trámite, es recurrible ante la Corte. 3. Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación.”

⁶³ Cfr. *Opinión Consultiva OC-1/82*. 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, relativa a “Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), presentada por el gobierno del Perú.

⁶⁴ De esta manera, por ejemplo, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del *corpus juris interamericano* y crear la norma convencional interpretada como estándar interamericano.

que poseen éstas, ya que en realidad las “normas convencionales” constituyen el resultado de la “interpretación convencional” que emprende la Corte IDH como órgano “judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación”⁶⁵ del *corpus juris* interamericano. Dicho en otras palabras, el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es decir, “constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional”.⁶⁶

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

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

54. Lo anterior tiene un mayor grado de complejidad cuando la normatividad nacional sólo permite la declaración general de la norma para el futuro (efectos *ex nunc*) y no hacia el pasado (*ex tunc*), ya que pareciera que la intencionalidad de la Corte IDH en el momento en que se crea la doctrina del “control difuso de convencionalidad” es que la norma inconvencional carezca de efectos jurídicos “desde un inicio”;⁶⁷ precedente que siguió reiterando en casos posteriores, especialmente en supuestos de leyes de autoamnistía⁶⁸ o en otros supuestos.⁶⁹ Sin embargo, este criterio no ha sido constante por la Corte IDH y depende del caso concreto.⁷⁰

⁶⁵ Artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por resolución núm. 448 de la Asamblea General de la OEA, en la Paz, Bolivia (octubre de 1979).

⁶⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Silva García, Fernando, “Homicidios de mujeres por razón de género. El *Caso Campo Algodonero*”, en von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Max Planck Institut, 2010, tomo II, pp. 259-333, en pp. 296-297.

⁶⁷ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *supra* nota 13, párr. 124.

⁶⁸ Por ejemplo, en el *Caso La Cantuta vs. Perú*, *supra* nota 16, párr. 174: “En ese marco de interpretación, la controversia subsistente debe ser ubicada en aquella primera vertiente de medidas que deben ser adoptadas para adecuar la normativa interna a la Convención. Para efectos de la discusión planteada, es necesario precisar que la Corte consideró que en Perú dichas leyes de auto amnistía son *ab initio* incompatibles con la Convención; es decir, su promulgación misma “constituye *per se* una violación de la Convención” por ser “una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte” en dicho tratado. Ese es el *rationale* de la declaratoria con efectos generales realizado por la Corte en el *caso Barrios Altos*. De ahí que su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituya una violación de la Convención”. Asimismo, en el *Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, *supra* nota 4, párr. 106.

⁶⁹ Por ejemplo, en el *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra* nota 19, párr. 339; así como en el reciente *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, *supra* nota 24, párr. 202.

⁷⁰ Cfr., por ejemplo, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, *supra* nota 15, párr. 128; *Caso Comunidad Indígena Xármok Kásek vs. Paraguay*, *supra* nota 21, párr. 311; *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*, *supra* nota 22, párr. 234; *Rosendo Cantú y Otra vs. México*, *supra* nota 23, párr. 234; y *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *supra* nota 25, párr. 287.

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

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

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

57. Si bien el citado precepto se refiere a las atribuciones de la Corte IDH, *mutatis mutandi*, debe aplicarse por los jueces nacionales debido a que también son jueces interamericanos cuando realizan el "control difuso de convencionalidad". Y ello implica garantizar, en la medida de lo posible, el efectivo goce del derecho o libertad violado. Lo anterior conduce a afirmar que, en determinados supuestos, deben repararse *las consecuencias* de la norma inconvencional, lo cual sólo se puede lograr teniendo "sin efectos" dicha norma nacional desde su vigencia y no a partir de la inaplicación o declaración inconvencional de la misma. En otras palabras, dicha retroactividad resulta indispensable en algunos casos para lograr un adecuado goce y disfrute del correspondiente derecho o libertad. Esta afirmación, además, es acorde con la propia jurisprudencia de la Corte IDH al interpretar el citado artículo 63.1 del Pacto de San José, toda vez que ha considerado que cualquier violación de una obligación internacional que haya producido daño comparte el deber de repararlo "adecuadamente";⁷¹ lo cual constituye "uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado".⁷²

f) Fundamento jurídico del "control difuso de convencionalidad": el Pacto de San José y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

58. Desde el comienzo de la doctrina jurisprudencial de este tipo de control, en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*,⁷³ se estableció:

124. (...) Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin (...)

⁷¹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *supra* nota 5, párr. 25; *Caso Chitay Nech y Otros. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212 párr. 227; y *Caso Manuel Cepeda Vargas. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 211.

⁷² Cfr. *Caso Castillo Páez vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 43; *Caso Chitay Nech y Otros*, *supra* nota 71, párr. 227, y *Caso Manuel Cepeda Vargas*, *supra* nota 71, párr. 211.

⁷³ *Supra* nota 12, párr. 125.

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

59. Los principios de derecho internacional relativos a la *Buena Fe* y al *Effet Utile*, que involucra a su vez al principio *Pacta Sunt Servanda*, constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados nacionales, y han sido constantemente reiterados por la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos sometidos bajo su competencia, sea en la instancia consultiva, como en casos contenciosos. Este Tribunal Interamericano ha establecido, en la Opinión Consultiva 14/94, de 9 de diciembre de 1994, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención,⁷⁴ los alcances interpretativos de los artículos 1⁷⁵ y 2⁷⁶ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se consideró que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos, y también a adecuar la normatividad inconveniente existente, fundamentando que descansa en un principio general del derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de “buena fe” y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno; lo cual ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codificado en los artículos 26⁷⁷ y 27⁷⁸ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

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

27. *Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la*

⁷⁴ Cfr. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14.

⁷⁵ “Artículo 1. *Obligación de Respetar los Derechos*. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

⁷⁶ “Artículo 2. *Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁷⁷ “Art. 26: *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

⁷⁸ “Art. 27. *El derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del «control de convencionalidad» que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional».⁷⁹ (Subrayado añadido).

61. De esta manera, los jueces de los Estados parte de la Convención Americana también se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional y la doctrina del “control difuso de convencionalidad” les facilita esta labor, para realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales (incluidas las del texto constitucional) que sean conforme al *corpus juris* interamericano e incluso a no aplicar aquéllas que contravengan de manera absoluta el referido “bloque de convencionalidad”, para evitar de esa forma que el Estado al que pertenecen sea responsable internacionalmente por violar compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos.

62. El “control difuso de convencionalidad”, además, tiene fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José, en la medida en que todos los poderes u órganos de los Estados signatarios de dicho instrumento internacional, incluidos los jueces y órganos de administración de justicia que materialmente realizan funciones jurisdiccionales, se encuentran obligados, a través de sus interpretaciones, a permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto y de sus protocolos adicionales (y de otros instrumentos internacionales en los términos antes analizados),⁸⁰ lo cual implica, a su vez, interpretaciones restrictivas cuando se trate de limitaciones a los mismos, y siempre a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH.

63. No pasa inadvertido que el artículo 68.1 establece que los Estados parte del Pacto de San José “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Lo anterior no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la Corte IDH adquiera “eficacia directa” en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como “parte material”, ya que al ser la Corte IDH el órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la Convención Americana, *sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional*. En otras palabras, la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José (y sus protocolos adicionales, así como otros instrumentos internacionales). Las interpretaciones que realiza la Corte IDH se proyectan hacia dos dimensiones: (i) en lograr su eficacia en el caso particular *con efectos subjetivos*, y (ii) en establecer la eficacia general *con efectos de norma interpretada*. De ahí la lógica y necesidad de que el fallo, además de notificarse al Estado parte en la controversia particular, deba también ser “transmitido a los Estados parte de la Convención”,⁸¹ para que tengan pleno conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la interpretación de la Corte IDH, en su calidad de “intérprete última” del *corpus juris* interamericano.

IV. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD POR LOS JUECES MEXICANOS

⁷⁹ Cfr. párr. 27 de su voto razonado con motivo del *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, *supra* nota 11.

⁸⁰ Cfr. *supra* párrs. 44 a 52 de este voto razonado.

⁸¹ Art. 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

64. Las anteriores características de la doctrina jurisprudencial del “control difuso de convencionalidad” aplican para el sistema jurisdiccional mexicano. Hasta la fecha se ha reiterado en cuatro casos relativos a demandas contra el Estado mexicano: *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009);⁸² *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010);⁸³ *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010);⁸⁴ y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010).⁸⁵

65. Al haber suscrito los Estados Unidos Mexicanos la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1981) y al haber aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH (1998), estas sentencias internacionales deben ser cumplidas,⁸⁶ y las mismas adquieren carácter “definitivo e inapelable”;⁸⁷ sin que pueda invocarse ninguna disposición de derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para su incumplimiento, toda vez que los pactos internacionales obligan a los Estados partes y sus normas deben ser cumplidas, en términos de los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁸⁸ suscrito también por el Estado mexicano.

66. De esta manera, el “control difuso de convencionalidad” implica que todos los jueces y órganos mexicanos vinculados a la administración de justicia *en todos los niveles*, pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados, de oficio, a realizar un ejercicio de compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales (y algunos otros instrumentos internacionales), así como con la jurisprudencia de la Corte IDH, formándose un “bloque de convencionalidad” en los términos analizados con antelación.⁸⁹ Lo anterior debido a que:⁹⁰

(...) no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al

⁸² *Supra* nota 19, párrs. 338 a 342.

⁸³ *Supra* nota 22, párrs. 233 a 238.

⁸⁴ *Supra* nota 23, párrs. 218 a 223.

⁸⁵ *Supra* nota 27, párrs. 225 a 235.

⁸⁶ Artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la corte en todo caso en que sean partes”.

⁸⁷ Artículo 67.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable [...]”.

⁸⁸ Véanse estos preceptos *supra* notas 77 y 78.

⁸⁹ Sobre el “bloque de convencionalidad” como parámetro del “control difuso de convencionalidad”, véase *supra* párrs. 44 a 52 de este voto razonado.

⁹⁰ *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra* nota 19, párr. 338; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*, *supra* nota 22, párr. 233; y *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*, *supra* nota 23, párr. 218.

mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención⁹¹. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana. (Subrayado y resaltado añadido).

67. En este sentido, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de la competencia local o federal, necesariamente deben ejercer el “control difuso de convencionalidad” para lograr interpretaciones conformes con el *corpus juris* interamericano. En caso de incompatibilidad absoluta de la norma nacional con el parámetro convencional, *debe inaplicarse* para que prevalezcan aquéllas y lograr de esta manera la efectividad del derecho o libertad de que se trate. Lo anterior aplica también para los jueces locales, de conformidad con la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 133 vigente, que a la letra dispone:⁹²

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

68. Como puede advertirse de la última parte de esta norma constitucional, los jueces locales aplicarán “la Ley Suprema de toda la Unión” (donde se encuentran los tratados internacionales) cuando exista incompatibilidad con alguna otra norma que no integre dicha “Ley Suprema”; lo que implica que los jueces del fuero local deben, incluso, desaplicar la norma incompatible con ese “bloque de constitucionalidad”. En otras palabras, es el propio texto constitucional el que otorga facultades a los jueces del fuero común para ejercer el “control difuso de constitucionalidad” y, por tanto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos válidamente puede convertirse en un parámetro de control y no sólo la Constitución. De esta forma, como lo ha sostenido la propia Corte IDH, los jueces y órganos vinculados con la impartición de justicia “deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.⁹³

69. La última parte de esta previsión es de especial significación para el grado de intensidad del “control difuso de convencionalidad”, toda vez que los jueces deben ejercerlo “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Como lo hemos analizado con antelación (véase *supra* párrs. 34 a 41), todos los jueces deben realizar dicho “control” y el grado de intensidad lo determinará las competencias y regulaciones procesales. En principio, todos los jueces mexicanos deben partir del principio de constitucionalidad y de convencionalidad de la norma nacional y, por

⁹¹ Cfr. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, *supra* nota 72, párr. 207; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, *supra* nota 13, párr. 83, y *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *supra* nota 13, párr. 118.

⁹² Este artículo sólo ha sufrido una reforma desde el texto original de 1917, en el año de 1934, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 18 de enero de ese año. El precepto ha sido interpretado de diferentes maneras por parte de los tribunales y la doctrina mexicana a lo largo de su vigencia, incluso en las Constituciones anteriores a la actual de 1917. Sobre las diferentes posturas interpretativas, véase Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, IIJ-UNAM, núm. 4, 1969, pp. 3-32.

⁹³ *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, *supra* nota 15, párr. 128.

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

70. No pasa inadvertido que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el artículo 133 constitucional, en el sentido (i) que los tratados internacionales si bien forma parte de la "Ley Suprema de toda la Unión" se ubican jerárquicamente por debajo de la Constitución;⁹⁴ y (ii) que no existe "control difuso de constitucionalidad" por parte de los jueces locales.⁹⁵ La primera es una interpretación que no tiene carácter de precedente obligatorio al no haberse logrado la votación requerida para ello,⁹⁶ existiendo interpretaciones distintas por otros órganos jurisdiccionales mexicanos;⁹⁷ y la segunda, si

⁹⁴ Tesis IX/2007, del Pleno de la Suprema Corte, cuyo rubro y texto son:

"TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional." (Subrayado añadido). Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Tomo XXV, abril de 2007, p. 6.

⁹⁵ Tesis jurisprudencial 74/99, del Pleno de la Suprema Corte, cuyo rubro y texto son:

"CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.

El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.". En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto." (Subrayado añadido). Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, tomo X, agosto de 1999, p. 5.

⁹⁶ En términos del artículo 192 de la Ley de Amparo, las resoluciones constituirán jurisprudencia obligatoria, siempre que lo que se resuelva en ellas se sustente en cinco ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, y se requiere además de por lo menos ocho votos de los ministros integrantes del Tribunal Pleno. En el caso concreto, el asunto fue aprobado por mayoría de seis votos contra cinco.

⁹⁷ Por ejemplo, la Tesis XI.1º.A.T.45 K, cuyo rubro y texto son:

bien constituye jurisprudencia obligatoria para todos los jueces mexicanos en términos de la normatividad aplicable, estimamos debería armonizarse para lograr un mayor grado de desarrollo del “control difuso de convencionalidad” a la luz del artículo 133 constitucional y de las cuatro sentencias que hasta el momento ha dictado la Corte IDH respecto del Estado mexicano y que han aplicado dicha doctrina.

71. Ahora bien, los anteriores criterios del máximo tribunal jurisdiccional mexicano constituyen “interpretaciones constitucionales” que eventualmente podrían cambiar, sea por nuevas reflexiones, o por motivo de una reforma constitucional.

72. En la actualidad existen dos proyectos de reformas constitucionales en trámite de la mayor relevancia, en materia de derechos humanos⁹⁸ y del juicio de amparo,⁹⁹ aprobadas ambas por el Senado de la República y pendientes de aprobación por la Cámara de Diputados, que llegado el caso de convertirse en texto constitucional, seguramente producirán “nuevas reflexiones” por parte de la Suprema Corte mexicana respecto de los criterios interpretativos antes referidos. Con independencia de su aprobación y de la “consulta a trámite” que el Presidente de la Suprema Corte realizó al Pleno de dicho órgano jurisdiccional el veintiséis de mayo de dos mil diez, sobre el cumplimiento por parte del Poder Judicial de la Federación de la sentencia relativa al *Caso Radilla Pacheco*;¹⁰⁰ lo cierto

“TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN.

Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.” (Subrayado añadido) (Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, TCC, Tomo XXXI, mayo de 2010, p. 2079).

⁹⁸ Por lo que aquí interesa, destaca de esta reforma el “Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales sobre derechos humanos antes señalados.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”. (Subrayado nuestro).

⁹⁹ El artículo 103, fracción I, de esta reforma señala: “Artículo 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.” (Subrayado añadido).

¹⁰⁰ La “consulta a trámite” corresponde al expediente 489/2010, habiendo sido discutido el proyecto correspondiente por el Pleno de la Suprema Corte los días 31 de agosto, 2, 6 y 7 de septiembre de 2010. El debate realizado en esos cuatro días resulta de la mayor importancia para las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, incluso se dejaron ver posturas a favor y en contra del “control difuso de convencionalidad”; sin embargo, por mayoría se determinó restringir la consulta a “realizar una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Cabrera García y Montiel Flores”, por lo que el asunto pasó a otro Ministro para definir qué obligaciones concretas le resultan al Poder Judicial de la Federación y la forma de instrumentarlas.

Cabe resaltar, que la Suprema Corte en esta “consulta a trámite” estableció, por mayoría, el objeto de análisis, señalando, *inter alia*, “será necesario interpretar el alcance de las reservas o declaraciones interpretativas

es que en dicha sentencia internacional, como en las referidas a los Casos *Fernández Ortega, Rosendo Cantú, y Cabrera García y Montiel Flores*, existen obligaciones “directas” que deben cumplir los jueces mexicanos (como órganos del Estado mexicano) de manera “inmediata” y “de oficio” como veremos más adelante.

73. No debe soslayarse que los fallos de condena al Estado mexicano se refieren a que las normas requieren ser “interpretadas” teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir, para “hacer efectivos” los derechos y libertades de dicho Pacto. En dicho dispositivo convencional se establece que “los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. De ahí que la expresión “o de otro carácter” comprendan también “interpretaciones constitucionales” que permitan la aplicabilidad de los derechos con el mayor grado de efectividad y alcance, en términos del principio *pro homine* reconocido en el artículo 29 del propio Pacto de San José. Lo anterior podría ser motivo de reflexión para superar los criterios jurisprudenciales aludidos por parte del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

74. El principio *pro homine* ha sido considerado por algún tribunal mexicano de “aplicación obligatoria”, debido a que se prevé en tratados internacionales que forman parte de la Ley Suprema de la Unión en términos del reproducido artículo 133 de la Constitución federal. Así se estableció por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al resolver el amparo directo 202/2004, el 20 de octubre de 2004, formándose la tesis I.4º.A.464 A, cuyo rubro y texto son:¹⁰¹

PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.

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

75. Las interpretaciones “constitucionales” y “legales” que realicen los jueces y órganos de impartición de justicia mexicanos *en todos los niveles*, deben realizarse a la luz no sólo de los instrumentos internacionales cuyo compromiso adquirió el Estado mexicano, sino también de la jurisprudencia de la Corte IDH. Lo último debido a que constituye el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en sede internacional, cuya competencia es la aplicación e interpretación de la Convención Americana; este órgano en realidad determina el contenido mismo del texto convencional, de tal manera que la norma interpretada adquiere eficacia directa en México, al haber sido suscrito dicho Pacto por el Estado

que formuló el Estado Mexicano, tanto al adherirse a la Convención Americana de [sic] Derechos Humanos, como a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, dada la repercusión que tales salvedades podrían tener en el caso concreto, y las que podrían tener en otros litigios internacionales en los que en un futuro los Estados Unidos Mexicanos también pudieran llegar a ser parte”. (Subrayado añadido).

¹⁰¹ Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC, Tomo XXI, febrero de 2005, p. 1744.

mexicano y haberse reconocido además la jurisdicción de la Corte IDH. Como se estableció en la Sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, que motiva el presente voto razonado (y que aplica a los otros tres casos de condena referidos):

233. De tal manera, como se indicó en los Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso¹⁰² y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario.¹⁰³ (Subrayado añadido).

76. La intencionalidad de la Corte IDH al referirse a las expresiones “inmediatamente”¹⁰⁴ y “de oficio”,¹⁰⁵ denotan una actuación “directa” de todos los jueces mexicanos para ejercer el “control difuso de convencionalidad” sin necesidad de pronunciamiento previo por parte de algún órgano del Estado mexicano y con independencia de que lo invoquen las partes. Aquí cobra importancia el criterio del juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas:¹⁰⁶

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

77. Los jueces mexicanos deben, por una parte, realizar interpretaciones constitucionales y legales que permitan a “las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares [tener] derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario”;¹⁰⁷ por lo que “esta conclusión aplica no solo para casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos”¹⁰⁸ (subrayado añadido). De tal manera que esa obligación hacia los

¹⁰² Cfr. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, supra nota 19, párr. 340; *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*, supra nota 21, párr. 237, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, supra nota 22, párr. 220.

¹⁰³ Cfr. *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*, supra nota 21, párr. 237, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, supra nota 22, párr. 220.

¹⁰⁴ “Sin interposición de otra cosa” y “Ahora, al punto, al instante” (*Real Academia de la Lengua Española*, vigésima segunda edición).

¹⁰⁵ “Por imposición a la iniciativa privada, dicese de la acción o injerencia espontánea que cumple el juez en el proceso, sin necesidad de requerimiento o petición de parte, o iniciativa del magistrado, sin instancia de parte”. Cfr. Couture, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico. Español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán*, 4ta. ed., corregida, actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa, Montevideo, Julio César Fairs-Editor, 2010, p. 534.

¹⁰⁶ Párr. 4 del voto razonado y concurrente que formuló con motivo de la sentencia relativa al *Caso Gomes Lund y Otros (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) vs. Brasil*, supra nota 4.

¹⁰⁷ *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, supra nota 19, párr. 275.

¹⁰⁸ Párr. 198 de la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, a que se refiere el presente voto razonado, supra nota 1.

jueces mexicanos resulta “inmediata” y con “independencia de las reformas legales que el Estado debe adoptar” (reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar)”. Lo anterior cobra mayor importancia si se atiende al texto del artículo 13 de la Constitución federal mexicana,¹⁰⁹ precepto que estimó convencional la Corte IDH y, por ello, las interpretaciones a las normas legales secundarias deben ser conformes con el texto constitucional y la Convención Americana:¹¹⁰

En términos prácticos, como ya lo ha establecido este Tribunal, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.¹¹¹

78. Por otra parte, también implica una obligación de los jueces mexicanos de realizar siempre el “control difuso de convencionalidad” y no sólo por lo que hace a la determinación en los casos concretos sobre los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar referidos en las sentencias pronunciadas por la Corte IDH, sino en general en todos los asuntos de su competencia donde el Tribunal Interamericano realice interpretaciones al *corpus juris* interamericano, al ser dicho Tribunal Interamericano el último y definitivo intérprete del Pacto de San José (dimensión objetiva de norma interpretada).¹¹²

79. En efecto, como lo señalamos en su momento (*supra* párrs. 51, 52 y 63), la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere “eficacia directa” en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como “parte material”. Lo anterior, debido a los efectos de la *norma convencional interpretada*, que produce “efectos expansivos” de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia. En este sentido, la jurisprudencia convencional no es simplemente orientadora,¹¹³ sino resulta obligatoria para los jueces mexicanos (en su dimensión subjetiva y objetiva); y su eficacia comienza desde que las sentencias internacionales son notificadas o transmitidas al Estado mexicano, en términos del artículo 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con independencia del procedimiento interno que realicen los órganos y autoridades mexicanas para coordinar su implementación y cumplimiento, así como los demás actos que se realicen para dar a conocer y adoptar la sentencia y jurisprudencia internacional.

¹⁰⁹ En la parte respectiva, este precepto señala: “Artículo 13. (...) Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda”.

¹¹⁰ *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*, *supra* nota 22, párr. 218.

¹¹¹ *Cfr. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra* nota 19, párr. 338.

¹¹² Véase *supra* párrs. 63 y 75.

¹¹³ Véase la tesis I.7o.C.51 K, del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, cuyo rubro y texto son:

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

80. El "control difuso de convencionalidad" ha iniciado su aplicación por algunos tribunales mexicanos a la luz de la jurisprudencia convencional. En efecto, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, con residencia en Morelia, Michoacán, al resolver el amparo directo 1060/2008, el 2 de julio de 2009 (meses antes de la sentencia del *Caso Radilla Pacheco*), haciendo alusión al *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), consideró lo siguiente:

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

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

(...)

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

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

Como consecuencia de lo cual, se impone establecer que las autoridades del estado mexicano tienen la ineludible obligación de observar y aplicar en su ámbito competencial interno -además de las legislativas- medidas de cualquier otro orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, no sólo de la Constitución y de sus normas internas sino también de las Convenciones Internacionales de las que México es parte y de las interpretaciones que de sus cláusulas llevaron a cabo los organismos internacionales; lo que conlleva a sustentar que todos los tribunales deben realizar un control difuso de convencionalidad, al resolver los asuntos sometidos a su competencia.

(...)

Eso significa que si bien los jueces y tribunales mexicanos -en principio- quedan sujetos a la observancia y aplicación del imperio de las disposiciones nacionales; cuando el Estado Mexicano ratificado un tratado internacional -como la Convención Americana- como parte del aparato del Estado que son, también quedan sometidos a ésta; por tanto, están obligadas a velar porque los efectos de las disposiciones que la integran no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin; mediante el ejercicio del control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana sobre

Derechos Humanos; más aún la interpretación que de esa convención hubiese realizado la Corte Interamericana, como su último intérprete. (Subrayado añadido).

81. El anterior criterio quedó reflejado en la Tesis XI.1º.A.T.47 K, cuyo rubro y texto son:¹¹⁴

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

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

82. Asimismo, también el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, con residencia en el Distrito Federal, al resolver el amparo directo 505/2009, el 21 de enero de 2010, ha sostenido la tesis I.4º.A.91 K, cuyo rubro y texto son:¹¹⁵

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

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

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

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

¹¹⁴ Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC, Tomo XXXI, mayo de 2010, p. 1932.

¹¹⁵ Publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC, tomo XXXI, marzo de 2010, p. 2927.

internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".¹¹⁶ (Subrayado añadido).

V. HACIA UN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN LAS AMÉRICAS

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

86. La doctrina del "control difuso de convencionalidad" pareciera que fue adoptada por la Corte IDH en un proceso evolutivo de la referida "internacionalización", al haber influido las prácticas de las altas jurisdicciones nacionales. (véase *supra* párr. 29). Por otra parte, el influjo que a partir de 2006 imprime el Tribunal Interamericano para "irradiar" su jurisprudencia y, por tanto, lograr la recepción nacional de los estándares internacionales en los Estados parte de la Convención Americana, produce una intensidad y profundidad de la "nacionalización" o "constitucionalización" del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como lo demuestra la recepción de dicha doctrina por las altas jurisdicciones nacionales (véase *supra* párrs. 28 y 30).

87. En el presente 2010 se ha reiterado dicha doctrina por la Corte IDH en ocho casos contenciosos, lo que denota su consolidación. Sus elementos y rasgos distintivos seguramente seguirán siendo cuidadosamente analizados por los jueces interamericanos y nacionales. No pretende establecer qué órgano tiene la última palabra, sino fomentar el diálogo jurisprudencial creativo, responsable y comprometido con la efectividad de los derechos fundamentales. Los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son ellos los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. La Corte IDH debe velar por ello y tener plena consciencia de los estándares que irá construyendo en su jurisprudencia, teniendo en consideración, además, el "margen de apreciación nacional" que deben contar los Estados nacionales para interpretar el *corpus juris* interamericano.¹¹⁷ De los jueces interamericanos se espera mucho y "en la medida en que más se autoexija, podrá a su vez exigir más a las cortes nacionales".¹¹⁸

88. En definitiva, la trascendencia de la nueva doctrina sobre el "control difuso de convencionalidad" es de tal magnitud, que probablemente en ella descansa el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La

¹¹⁶ Artículo 4 Bis C-II. La reforma fue publicada en el *Periódico Oficial* de dicha Entidad Federativa el 26 de mayo de 2008.

¹¹⁷ Sobre esta doctrina, *cfr.* García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010.

¹¹⁸ Sagués, Néstor Pedro, "El "control de convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, *op. cit. supra* nota 66, tomo II, pp. 449-468, en p. 467.

construcción de un auténtico “diálogo jurisprudencial” —entre los jueces nacionales y los interamericanos—, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez *ad hoc*

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario