

XXVI. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL *

«Como un elemento de la imagen del mundo del tipo del “Estado Constitucional”, nos atrevemos a afirmar que los diversos estados constitucionales no existen más “para sí”, sino que de entrada constituyen una comunidad universal abierta. La referencia al mundo y a sus semejantes en dicho mundo (la humanidad) es un pedazo de su noción de sí mismos...».

P. HÁBERLE **

1. EL PARADIGMA DE LA SUPREMACÍA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES

En el presente 2010 no sólo conmemoramos el bicentenario de la Independencia y el centenario de la Revolución de nuestro país, sino también celebramos y recordamos un acontecimiento sin el cual no es posible en la actualidad entender el funcionamiento de los Estados constitucionales de Derecho ¹: el emblemático caso del doctor Thomas Bonham, resuelto por el juez Edward Coke

* Publicado en H. FIX-ZAMUDIO y D. VALADÉS, *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188.

** *El Estado constitucional*, estudio introductorio de D. VALADÉS, traducción e índices de H. FIX-FIERRO, 1.ª reimpresión de la 1.ª ed. de 2001, México, UNAM, 2003, p. 75.

¹ Cuando se habla de «Estados constitucionales» se alude a sistemas jurídico-políticos que reúnen tres características: i) la existencia de una Constitución rígida o formal, diferenciada de la forma legal ordinaria; ii) el concepto de Constitución responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político, relativas a la limitación del poder político y la garantía de los derechos, y iii) debe ser una Constitución formal practicada, es decir, haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a la Constitución se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella

hace 400 años; precedente que se ha considerado el origen de lo que posteriormente se convertiría en el principio de supremacía constitucional y del control judicial de la Constitución.

En este emblemático caso de 1610 se inaplicó, por el juez presidente de la *Court of Common Pleas* (Tribunal de Agravios Civiles o Comunes), una ley por contravenir los principios del *common law*, es decir, los principios superiores que se crean por la fuerza de los precedentes de los tribunales. COKE tiene en consideración varios precedentes judiciales para establecer la doctrina por la cual los principios del *common law* se encuentran por encima de los actos del parlamento, de donde deriva la posibilidad de los jueces de controlar las leyes cuando contrarias a tales principios y a la razón, pudiendo declararse inválidas en ciertas circunstancias².

Los hechos del caso consisten, de manera sucinta, en que el doctor Bonham fue multado y encarcelado por haber incumplido una decisión del Real Colegio de Médicos de Londres (*Royal College of Physicians*), que le había prohibido ejercer la profesión en dicha ciudad. Bonham presentó una acción por arresto falso o indebido (*false imprisonment*) ante el Tribunal de Agravios Civiles, alegando fundamentalmente que podía ejercer su profesión debido al título que tenía de la Universidad de Cambridge, que lo acreditaba en el conocimiento necesario para ejercer su profesión. La resolución que se aprobó por mayoría de votos, estimó que las facultades del Colegio para sancionar, se refieren a las faltas negligentes de los médicos y no al ejercicio sin licencia otorgada por dicho Colegio; de tal manera que se estimó, entre otras cuestiones, que la ley (carta emanada por Enrique VIII y convertida luego en ley por el parlamento) que permitía al *Royal College* para multar y ordenar arrestos, contravenía principios del *common law*, ya que las sanciones que aplicaba beneficiaban al propio peculio del Colegio (recibiendo los censores la mitad de la multa), por lo que nadie puede ser juez y parte de su propia causa³.

Si bien la limitación del poder en general se remonta a la Grecia antigua⁴, esta sentencia marca un nuevo derrotero, particularmente para limitar el poder del parlamento; se creó la doctrina que otorga poderes a los jueces para controlar leyes contrarias a los principios del *common law*, a manera de una *higher law*,

pueda ser considerada como norma fundamental. Cfr. J. AGUILÓ REGLA, «Sobre la constitución del Estado constitucional», en *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 429-457, en pp. 450-452.

² Dice el fallo en su parte medular: «...*And it appeareth in our Books, that in many Cases, the Common Law doth controll Acts of Parliament, and sometimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void; and, therefore, in 8 E. 3. 30 a. b. Thomas Tregor's Case upon the Statute of West 2. Cap 38. and Artic' Super Chartas, cap. 9. Herle saith, Some Statutes are made against Common Law and right, which those who made them, would not put them in execution...*». Cfr. E. COKE, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, ed. S. SHEPPARD, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, vol. 1, capítulo: Dr. Bonham's Case (consulta <http://oll.libertyfund.org/title/911/106343>, el 28 de mayo de 2010).

³ Un reciente análisis de este histórico fallo, que incluye su traducción al español, así como referencias a la personalidad de E. COKE y de sus circunstancias, puede verse en M. GONZÁLEZ OROPEZA, *Constitución y derechos humanos. Orígenes del control jurisdiccional*, México, Porrúa-CNDH, 2009, pp. 11-79.

⁴ Vid. el interesante capítulo sobre «El control como fenómeno» y especialmente el apartado «A. Una cuestión histórica», en la obra de D. VALADÉS, *El control del poder*, México, UNAM, 1998, pp. 137 y ss.

XXVI. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

teniendo aceptación y popularidad durante la vida de COKE. Posteriormente a su fallecimiento (1634), sus documentos y escritos fueron confiscados por orden de Carlos I, cediendo terreno esta práctica en los años posteriores, hasta que se impusiera en definitiva la supremacía parlamentaria a partir de Revolución de 1688, quedando afianzada un siglo después en el Reino Unido por la influyente obra de DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885). Esta soberanía parlamentaria, sin embargo, adquiere ciertos matices, a partir del Decreto de Derechos Humanos de 1998 (*Human Rights Act*), que permite otorgar mayor efectividad a los derechos humanos establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos. La importancia de los *Casos Factortame* (especialmente las dos primeras resoluciones de 1991-1992) o *Jackson v. Attorney General* (2005) sobre la validez de la *Hunting Act* de 2004, podrían abrir «mayores adelantos constitucionales en el futuro»⁵.

La doctrina de COKE fue retomada por las colonias americanas, donde las *Charters* tenían prevalencia sobre las legislaturas de esas colonias, de tal manera que los jueces declaraban nulos los actos provenientes de éstas. Incluso, antes del *Caso Marbury vs. Madison* (1803)⁶, que constituye el paradigma de la doctrina de la *judicial review of legislation*, consolidada muchos años después, existieron más de veinte casos de inconstitucionalidad de leyes estatales entre los años 1787 a 1803, como lo advierte CAPPELLETTI⁷, citando a KELLY y HARBISON⁸.

A pesar de que para un sector de la doctrina las ideas de COKE no influyeron en realidad para el surgimiento de la *judicial review* en los Estados Unidos⁹, la doctrina dominante afirma que en aquella se encuentra el origen de lo que hoy conocemos como el control de constitucionalidad de las leyes. Como señala GRANT, este tipo de control por los jueces no se debe a Norteamérica, sino más bien constituye la aplicación, en las constituciones escritas, de los principios y

⁵ J. A. JOLOWICZ, «El control judicial de las leyes en el Reino Unido», en E. FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, México, UNAM-Marcial Pons, t. I, pp. 785- 803, en p. 799.

⁶ En el *Caso Holmes vs. Walton* (1780), se resolvió sobre la inconstitucionalidad de un estatuto local, lo que provocó que la legislatura aceptara el criterio procediendo a su reforma. También en el *Caso Commonwealth vs. Caton*, de 1782, el juez Wythe, quien fuera maestro de Marshall y que integraba el tribunal de Apelación de Virginia, entendía ese poder de los jueces sobre la legislatura si traspasaba los límites que el pueblo le ha impuesto en la Constitución. Cfr. J. A. C. GRANT, «La Constitución de los Estados Unidos», en *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, 1957, pp. 703-704.

⁷ Cfr. M. CAPPELLETTI, *Judicial review in the contemporary world*, Indianapolis-Kansas City-New York, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1971, pp. 39, notas 51 y 52.

⁸ A. H. KELLY y W. A. HARBISON, *The American Constitution, Its origins and development*, 3.ª ed., New York, Norton, 1963, pp. 66-68. Sobre estos casos previos al emblemático fallo de 1803, *vid.* también, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 3.ª reimpresión a la 3.ª ed., 1994, p. 55.

⁹ *Vid.*, por ejemplo, el trabajo reciente de F. REY, «Una relectura del *Dr. Bonham's Case* y de la aportación del Sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*», en *La ciencia del Derecho procesal constitucional, op. cit.*, *supra* nota 5, pp. 847- 866. Este autor, que contrapone las ideas de PLUNCKNETT (1926) y THORNE (1938), inclinándose por las de este último, se apoya en parte en el valioso trabajo de H. J. COOK, «Against Common Right and Reason: the College of Physicians v. Dr. Tomas Bonham», *Law, Liberty and Parliament: Selected Essays on the writings of Sir Edward Coke* (edited by Allen D. Boyer), Indianápolis, 2004, pp. 127 y ss.

de las técnicas desarrolladas por el *common law* inglés para impedir que las corporaciones públicas y privadas traspasaran el campo de su autoridad¹⁰.

De ahí que CAPPELLETTI sostuviera que dicho control judicial es producto de una evolución histórica, que advierte como fenómeno universal, tanto en el *common law* como en el *civil law*, distinguiendo tres etapas o épocas a manera de dialéctica hegeliana. Primero, la etapa de la «justicia natural», donde los actos del monarca y del parlamento eran combatidos por principios superiores no escritos, a manera de una *higher law*; luego, con la Gloriosa Revolución inglesa y la Revolución francesa un siglo después, viniera la etapa de la «justicia legal», donde prevaleciera el «principio de legalidad»; para después conjugar ambas ideologías en el periodo de la «justicia constitucional», a través de los mecanismos para garantizar las constituciones¹¹.

Las ideas de LOCKE y de MONTESQUIEU sobre la división del poder sirven para el establecimiento de los derechos fundamentales y la limitación del poder en el constitucionalismo contemporáneo. Se consagra así el principio de supremacía constitucional en el artículo VI, sección 2.^a, de la Constitución de los Estados Unidos de 1787¹². Esa es la innovación y gran aportación americana, al incorporarse «en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las leyes del parlamento»¹³.

Al comentar HAMILTON este principio en *El Federalista* (1780), sostenía que la Constitución es de hecho una *ley fundamental*, debiendo ser así considerada por los jueces, de tal manera que «debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios»¹⁴. Asimismo, HAMILTON reflexionaba sobre el derecho de los tribunales a declarar nulos los actos del poder legislativo con fundamento en que son contrarios a la Constitución, señalando que «si los tribunales de justicia han de ser considerados como baluartes de una Constitución limitada, en contra de las usurpaciones legislativas, esta consideración suministrará un argumento sólido en pro de la tenencia permanente de las funciones judiciales, ya que nada contribuirá tanto como esto a estimular en los jueces ese espíritu independiente que es esencial para el fiel cumplimiento de tan arduo deber»¹⁵. Se dejaba en claro la supremacía de la Constitución: «ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido»¹⁶.

Y también en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobadas por la Asamblea Constituyente francesa en 1789 (nueve años después de las reflexiones de Hamilton), se establecería una idea

¹⁰ *Op. cit.*, supra nota 7, pp. 691-730.

¹¹ *Cfr.* M. CAPPELLETTI, *Judicial review in the contemporary world*, *op. cit.*, supra nota 7, pp. 42-43.

¹² Article VI, clause 2: «*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding*».

¹³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, supra nota 8, p. 53.

¹⁴ *El Federalista*, 7.^a reimpresión de la primera edición en español de 1943, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, capítulo LXXVIII, p. 332.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

XXVI. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

toral del constitucionalismo: «Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución». Ahí encontramos las dos columnas de hierro del constitucionalismo actual: la garantía de los derechos y la separación de poderes. En realidad, como sostiene Aragón, «ya no hay dos objetivos que la Constitución deba cumplir sino uno, puesto que sólo de una manera (mediante el Estado constitucional) puede el poder organizarse para preservar la libertad. El único fin de la Constitución es, pues, la libertad (la libertad de igualdad); la división de poderes es sólo una «forma» de asegurarla»¹⁷.

En este contexto histórico es que Marshall dicta su famoso fallo de 1803. El principio de supremacía constitucional es la fuente de su razonamiento, al otorgar la potestad a los jueces de realizar un control sobre las leyes inconstitucionales, de tal manera que «una ley contraria a la Constitución es nula y que los tribunales, además de los demás poderes, están sometidos a la Constitución»¹⁸.

En Europa, donde existía la desconfianza y el temor del gobierno de los jueces, el panorama cambió a partir de las constituciones rígidas de la segunda posguerra y con la consolidación de los Tribunales Constitucionales. Como lo significara FERRAJOLI, se viene a complementar el paradigma del Estado de Derecho sometiendo también al legislador a la Constitución y transformando así el viejo Estado de Derecho en «Estado constitucional de Derecho»¹⁹.

El principio de supremacía jurídica de la Constitución en esta nueva etapa evolutiva se ha convertido en uno de los signos distintivos de las constituciones escritas, donde el control de constitucionalidad de las leyes constituye una de sus manifestaciones más importante; a pesar de que ha revivido el viejo debate sobre su dificultad contra-mayoritaria que advertía hace décadas BICKEL²⁰, y cuyas tensiones entre el constitucionalismo (y especialmente el neoconstitucionalismo) y los principios democráticos parecieran ineludibles²¹.

Los textos supremos dejaron de ser meras hojas de papel subordinadas a la voluntad de los gobernantes en turno, como expresara LASALLE²². La fuerza normativa de la Constitución implica un paradigma sin el cual no podría hoy entenderse el constitucionalismo fuerte, donde los derechos fundamentales son garantizados y el control de la constitucionalidad de las leyes por los jueces

¹⁷ M. ARAGÓN, «La Constitución como paradigma», en M. CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 29-40, en pp. 29-30.

¹⁸ En *Marbury vs. Madison*, Marshall estima inconstitucional y, por tanto, inválida la *Judiciary Act* de 1789, doctrina que no volvió a utilizar la Corte Suprema de los Estados Unidos en vida de Marshall, sino hasta más de medio siglo después, con el *Chief Justice* Roger B. Taney, en el malogrado *Caso Dred Scott vs. Sandford* de 1857.

¹⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, en la obra conjunta con M. ATIENZA, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 89-90.

²⁰ *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*, New Heaven, Yale University Press, 1962.

²¹ Como bien señala L. PRIETO SANCHÍS, en la cultura jurídica y política se refiere al «constitucionalismo democrático», como si se tratase de un binomio inescindible, cuando en realidad entre «Constitución» y «democracia» existe una tensión difícil de superar; cfr. su trabajo «Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución», en *La ciencia del Derecho procesal constitucional*, op. cit., supra nota 5, t. I, pp. 805 y ss. Sobre estas tensiones y sobre su eventual convergencia, vid. el libro de P. SALAZAR, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006.

²² Cfr. F. LASALLE, *¿Qué es una Constitución?*, Bogotá, Temis, 2005.

cobra vital importancia, sea por cualquier juez en los sistemas difusos para la desaplicación de la norma al caso particular; o bien por el juez constitucional en los modelos concentrados, para declarar la invalidez de las normas con efectos generales²³.

De esta forma, la supremacía jurídica de la Constitución es el rasgo más significativo del Estado constitucional de Derecho y el control de constitucionalidad de las leyes una de sus expresiones más destacadas²⁴. Sin embargo, con el advenimiento del Derecho internacional de los derechos humanos, a partir de la segunda posguerra, se advierten repercusiones trascendentales en los Estados nacionales, que implican nuevas y complejas relaciones en los años recientes, con motivo de la aparición en el ámbito interamericano de la doctrina del control de convencionalidad.

2. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Los decálogos de los derechos y sus garantías previstas en las Constituciones nacionales resultaron insuficientes. La necesidad de que los Estados nacionales se unieran para emitir documentos internacionales donde reconocieran derechos humanos a manera de un estándar internacional y se establecieran órganos de supervisión y control, se hizo patente después del sufrimiento de la humanidad al terminar la segunda guerra mundial²⁵.

Ante este estado de cosas, comienza un proceso de *internacionalización del Derecho constitucional (de los derechos humanos)*. El Derecho internacional, que se encontraba fundamentado en las relaciones de los estados y no en la protección de los individuos, inicia una transformación importante. Surge así el Derecho internacional de los derechos humanos, donde la interacción entre los Derechos internacional, constitucional y procesal resulta evidente, lo que también provoca nuevos entendimientos con el tradicional concepto de «soberanía» y de los Estados nacionales.

La existencia de una pluralidad de órdenes jurídicos en un sistema mundial de niveles múltiples, caracterizado por interrelaciones y jerarquías complejas,

²³ Como bien se sabe, en la actualidad no existen «modelos puros», combinándose las características de ambos sistemas clásicos, produciendo una amplia variedad de sistemas mixtos, duales o paralelos. Cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004; D. GARCÍA BELAUDE, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001.

²⁴ La supremacía jurídica de la Constitución, dice M. GASCÓN ABELLÁN, «no es algo que deba presuponerse por su simple reconocimiento en el texto constitucional, sino que sólo existe en aquellos sistemas donde venga efectivamente realizada, lo que suele suceder cuando se reconoce la rigidez de la Constitución, es decir, cuando se establece un sistema de revisión constitucional especialmente reforzado o en todo caso más complejo que la tramitación legislativa ordinaria, y (sobre todo) cuando se establece un sistema de *control de constitucionalidad de la ley y otros actos del poder*»; vid. su trabajo «Justicia constitucional: la invasión de lo político», en *La ciencia del Derecho procesal constitucional*, op. cit., supra nota 5, t. I, pp. 687-710, en p. 688.

²⁵ En general, sobre el desarrollo progresivo del Derecho internacional a partir de 1945, vid. C. SEPÚLVEDA, *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, México, FCE-UNAM, 1995.

XXVI. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

ha dado lugar al *transconstitucionalismo* (en sus distintas formas)²⁶. En este proceso y para los efectos que nos interesan, nos centraremos en tres dimensiones, que reflejan la tendencia de este constitucionalismo universal²⁷.

A) Sistema Universal

La Carta de Naciones Unidas (1945), firmada por 51 países (actualmente son 192 los Estados miembros), representa el inicio de este movimiento, después de la fallida Sociedad de Naciones²⁸. En su «preámbulo» se refiere a la necesidad de «reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de naciones grandes y pequeñas». Los derechos y libertades deben además tener «efectividad» como lo expresa el artículo 56, inciso c) de dicho instrumento fundacional.

La Comisión de Derechos Humanos (creada en 1946 y convertida en Consejo en 2006) se encargó de la redacción de lo que se convertiría en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada en París por la Asamblea General Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Esta declaración compuesta de tan sólo 30 artículos, constituye el primer paso de la internacionalización del Derecho constitucional en cuanto establece un catálogo de derechos humanos para la humanidad. Si bien la declaración, en principio, carece de fuerza jurídica, debido a su aceptación generalizada como instrumento de humanización, progresivamente se le ha otorgado carácter vinculante, sea por los tribunales internacionales o regionales, incluso por los propios ordenamientos y tribunales internos. De esta manera, la Declaración Universal se convirtió en el eje o piedra angular del Derecho internacional de los derechos humanos.

A partir de entonces se han venido aprobando numerosos e importantes documentos y tratados internacionales en esa materia, algunos de ellos, por su importancia y a manera de textos básicos, se le han denominado en su conjunto como la Carta Internacional de los Derechos Humanos²⁹. Debe también destacarse que al lado de esta regulación convencional de derechos, se han creado Comités para supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados signatarios³⁰, así como el establecimiento de órganos jurisdiccionales³¹.

²⁶ Vid. el interesante libro de M. NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WFM Martins Fontes, 2009.

²⁷ Cfr. C. M. DE DIENHEIM BARRIGUETE, *Constitucionalismo universal: la internacionalización y estandarización de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009.

²⁸ El antecedente de la ONU es la fallida Sociedad de Naciones, que naciera por el Tratado de Versalles en 1919 después de la Primera Guerra Mundial y formalmente desaparece en 1946.

²⁹ Así se le conoce al conjunto de instrumentos internacionales básicos para la protección de los derechos humanos, que se compone por la propia *Declaración Universal* (1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos aprobados en 1966 y entrando en vigor una década después). Asimismo, también se contemplan en estos instrumentos básicos el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), donde se establece la posibilidad de comunicaciones individuales ante el Comité de Derechos Humanos, y el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte (1989).

³⁰ Comités de Derechos Humanos; de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; para la eliminación de la discriminación racial; de los derechos del Niño; contra la Tortura; para la eliminación de la discriminación contra la mujer, y de los Derechos de los Trabajadores Migratorios.

³¹ La Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de Naciones Unidas, previsto desde el texto original de la Carta constitutiva de 1945. Posteriormente se han creado otros

B) Sistemas regionales de protección de derechos humanos

Paralelamente al sistema universal, se han creado hasta el momento tres sistemas regionales en la protección de derechos humanos: el europeo, el interamericano y el africano³².

1. *Sistema Europeo*. Es el más antiguo de los tres sistemas. Surge con la aprobación por el Consejo de Europa³³, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950 y vigente en 1953)³⁴. Hasta la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 (1998) de dicho Convenio, existían tres órganos de control: La Comisión, el Tribunal y el Comité de ministros (representantes permanentes de los Estados), con sedes en Estrasburgo, Francia. A partir de esa fecha existe acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al desaparecer la Comisión³⁵, lo que propició un aumento impresionante en el número de asuntos. Sólo en el 2009 dicho Tribunal recibió 57.100 casos, lo que representa una cifra mayor a todos los asuntos que resolvió en sus primeros cuarenta años de funcionamiento, que fue de 45.000 asuntos (1959-2008). Así, el rezago ascendió a 119.300 casos pendientes al 1 de enero de 2010, de los cuales más del 50 por 100 se refieren a demandas contra cuatro Estados: Rusia, Turquía, Ucrania y Rumania³⁶.

El Tribunal de Estrasburgo se integra por 47 jueces (uno por cada Estado integrante del Consejo de Europa), nombrados por un único periodo de nueve años (a partir del Protocolo 14). En general tiene competencias *consultivas*, para la interpretación y aplicación de la Convención; y *contenciosas*, para conocer de: a) *demandas interestatales* (a diferencia del sistema interamericano se han presentado casos) entre Estados miembros por incumplimiento del Convenio, o b) *demandas individuales*, donde cualquier persona o grupo puede plantear la

tribunales especializados como el Tribunal del Mar (1982). En materia penal destacan los tribunales *ad hoc*: Nüremberg, Tokio, Ruanda, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, entre otros. Además, se ha creado la Corte Penal Internacional, cuyo estatuto se firmó en 1998 y entró en vigor en 2002, lo que ha significado un significado avance al constituir un sistema permanente penal internacional.

³² Aunque se ve distante, sería deseable que en el futuro se incrementen los sistemas regionales, que pudieran impulsar las organizaciones de Estados, como la Liga de Estados Árabes o la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático.

³³ El Estatuto del Consejo de Europa o Tratado de Londres (1949) fue firmado por 10 Estados (actualmente son 47 Estados europeos y cinco observadores: Estados Unidos, Canadá, Japón y México, además de la Santa Sede).

³⁴ También se aprobó en 1961 la Carta Social Europea, si bien no son objeto de control jurisdiccional y sólo cuentan con el control de los informes que deben rendir los Estados, sujetas a revisión por el Comité de ministros del Consejo de Europa que puede emitir recomendaciones; lo que ha propiciado un desequilibrio en la protección de estos derechos económicos y sociales, con respecto a los civiles y políticos previsto en la Convención de Roma, que tienen la vía abierta ante el Tribunal de Estrasburgo. Sobre este instrumento internacional, *vid.* L. J. QUESADA, «La Carta Social Europea y la Unión Europea», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 13, primer semestre de 2009, pp. 389-407.

³⁵ En realidad la Comisión continuó sus funciones un año después, hasta el 31 de octubre de 1999, para desahogar los casos que había declarado admisibles con anterioridad a la entrada en vigor de dicho Protocolo.

³⁶ Más del 90 por 100 de las demandas no son admitidas, por lo que en realidad se han dictado cerca de 12.000 sentencias durante más de medio siglo de historia. *Cfr.* *50 years of activity: European Court of Human Rights. Some facts and Figures*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2010.

XXVI. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

demanda. En la actualidad son 800 millones de personas pertenecientes a los 47 Estados miembros los que pueden tener acceso a esta jurisdicción internacional³⁷.

El 1 de junio de 2010 entró en vigor el Protocolo núm. 14 del Convenio, debido a la ratificación de Rusia, que era el único de los 47 Estados que faltaba por ratificarlo y que durante varios años se rehusó. Este ansiado instrumento supone reformas sustanciales en la tramitación y efectividad del Tribunal³⁸, así como una importante vinculación con la Unión Europea debido al Tratado de Lisboa que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009³⁹. Las reformas propuestas, sin embargo, parecen insuficientes. Representantes de los 47 Estados integrantes del Consejo de Europa se reunieron el 18 y 19 de febrero de 2010 en Suiza, para reflexionar sobre el futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que dio lugar a la «Declaración de Interlaken», estableciendo un plan de acción a mediano y largo plazo, que será evaluado en 2011, 2012, 2015 y 2019⁴⁰.

2. *Sistema Interamericano*. En 1948 se aprueba la Carta de la Organización de los Estados Americanos por 21 países (actualmente son 35 miembros)⁴¹, en el seno de la IX Conferencia Interamericana celebrada en Bogotá. En esa misma reunión se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, primer documento internacional con una proclamación general de derechos, ya que se anticipó varios meses a la Declaración Universal.

La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) fue suscrita en San José, Costa Rica, en 1969, entrando en vigor en 1978; instrumento

³⁷ En general, sobre el funcionamiento y futuro de la Corte Europea, *vid.* las interesantes reflexiones de H. FIX-ZAMUDIO, «La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional», en la obra colectiva, *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 1105-1155.

³⁸ Las reformas más significativas del Protocolo 14 son: a) nombramiento de los jueces por un único periodo de nueve años (en lugar de seis años con posibilidad de reelección); b) competencia de jueces individuales o únicos para poder desechar demandas (antes un comité de tres jueces o una Sala de siete jueces lo hacía), sin que exista recurso alguno; en caso de duda, este juez remitirá el asunto a un comité de jueces o a la Sala; y no podrá el juez individual conocer de un asunto en contra del Estado que lo propuso; c) criterios de admisibilidad más rigurosos, que implican la gravedad de la violación novedad y no asuntos reiterativos; d) competencia de los Comités de tres jueces para resolver determinados asuntos (antes era competencia de las Salas); e) las decisiones de admisibilidad y de fondo respecto de demandas individuales se harán de manera conjunta, como de hecho se venía realizando, pudiendo en determinados casos separarlas; f) la creación de un recurso por incumplimiento de las sentencia, cuya competencia es del Comité de ministros (conformado por representantes permanentes de los Estados), y g) la posibilidad de que la Unión Europea sea parte del Convenio, de conformidad con el Tratado de Lisboa. Un análisis crítico a este Protocolo, puede verse en J. A. PASTOR RIDRUEGO, «El Protocolo núm. 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿Estamos ante la reforma que necesita el Tribunal?», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, núm. 1, 2004, pp. 141-150.

³⁹ Sobre los contenidos y repercusiones del Tratado de Lisboa, *vid.* N. GONZÁLEZ MARTÍN, «La Unión Europea como una fotografía en continuo movimiento. El Tratado de Lisboa», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, núm. 124, enero-abril de 2009, pp. 343-354.

⁴⁰ *Vid.* esta Declaración: *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Interlaken Declaration* (19 de febrero de 2010).

⁴¹ Cuba se reincorpora a la OEA en 2009, al dejarse sin efectos una resolución de 1963 en la que se excluyó al gobierno de dicho país en el sistema interamericano. Asimismo, debe considerarse que Honduras fue suspendida del derecho de participación en 2009, derivado del golpe de Estado, si bien actualmente se encuentra en proceso de reincorporación (2010).

que debe complementarse con sus protocolos adicionales⁴². El sistema se integra por la Comisión Interamericana, cuya sede se encuentra en Washington, D. C., si bien la Comisión se estableció en 1959, inició funciones al año siguiente; y la Corte Interamericana, radicada en San José, Costa Rica, comenzando sus actividades en 1979. Hasta la fecha, de los 35 países que integran la OEA, 24 han ratificado la CADH (con la denuncia de Trinidad y Tobago, una infructuosa separación del Perú, y una recomendación de denuncia por la Sala Constitucional de Venezuela)⁴³ y 21 han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

Ambos órganos se integran por siete miembros, con duración de cuatro años para los comisionados y seis para los jueces, con posibilidad de reelección por una ocasión. A partir de la opinión consultiva 20/09 solicitada por la República Argentina, resuelta en septiembre de 2009, la Corte interpretó los artículos 44 y 45 del Pacto de San José, limitando la figura de juez *ad hoc* para que integre la Corte cuando en la misma no hubiere un juez de su nacionalidad, sólo en los casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales (hasta la fecha no se han presentado), excluyendo esa posibilidad en casos originados en peticiones individuales, como se venía realizando; señalando además que el juez nacional del Estado demandado no podrá participar en los casos contenciosos originados en peticiones individuales; lo anterior se ha incorporado en las reformas al Reglamento de la Corte Interamericana, en vigor desde el 1 de enero de 2010⁴⁴. Estas reformas resultan trascendentales, en la medida en que se otorgan más facultades a las presuntas víctimas y sus representantes, como la posibilidad de presentar directamente la demanda, que antes realizaba la Comisión⁴⁵,

⁴² Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1998), y Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Asunción, Paraguay, 1990). Asimismo, deben tenerse presentes otros instrumentos internacionales, entre los más importantes destacan: Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, Colombia, 1985); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, Brasil, 1994); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará, Brasil, 1994); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Guatemala, 1999); Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (Comisión Interamericana, 2000); Carta Democrática Interamericana (Asamblea General de la OEA, 2001); Convención Interamericana sobre la Corrupción (Caracas, Venezuela, 1996), entre otros.

⁴³ Sólo Trinidad y Tobago se ha separado por la denuncia a la Convención en 1998, que entró en vigor en 1999. El Perú, en la época de Fujimori, pretendió infructuosamente separarse del sistema; y Venezuela recientemente, en la sentencia núm. 1.939 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, declaró «inejecutable» la sentencia de la Corte Interamericana en el *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, que versaba sobre la destitución arbitraria de tres jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por lo que solicitó al presidente de la República que denunciara la Convención Americana, lo cual no ha sucedido. Sobre esta delicada sentencia, *vid.* el libro de C. AYALA CORAO, *La «inejecución» de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2009; en general, sobre la actuación de la Sala Constitucional de ese país, *vid.* A. R. BREWER CARIAS, *Crónica sobre la «in» justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007.

⁴⁴ El primer Reglamento data de 1980; el segundo de 1991; el tercero de 1996; el cuarto de 2000, con reformas en 2003 y 2009 (vigente a partir del 1 de enero de 2010). En realidad, esta última reforma constituye un nuevo Reglamento, por la cantidad y trascendencia de sus reformas.

⁴⁵ Con la reforma, el procedimiento ante la Corte se inicia con la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención (informe de fondo) y no con la presentación de la demanda por la Comisión, dejando a las víctimas o a sus representantes dentro de los dos meses siguientes la posibilidad de presentar dicha demanda de manera autónoma ante la Corte (escrito de solicitudes,

XXVI. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

lo que pudiera representar el camino para que en el futuro se aceptara el acceso directo del individuo como sucedió en Europa⁴⁶.

La Corte tiene básicamente dos atribuciones: la *consultiva*, con 20 solicitudes atendidas hasta la fecha; y la *contenciosa*, con 120 casos resueltos (hasta diciembre de 2009) originados de peticiones individuales (80 fueron resueltos entre 2004 a 2009). Asimismo, su labor se complementa con resoluciones que dicta tratándose de *medidas provisionales* (81 resoluciones, hasta 2009) y de *supervisión de cumplimiento de sentencias* (hasta 2009, 104 casos se encuentran en este estado)⁴⁷.

3. *Sistema Africano*. Es el más reciente de los sistemas regionales y todavía está en fase de formación. La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, también conocida como Carta de Banjul (1981 y vigente en 1986), fue aprobada en Nairobi, Kenya, en la XVIII Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana, denominada desde 2002 como Unión Africana. Una de las principales características de esta Carta es que se regulan los derechos económicos, sociales y culturales, de manera conjunta con los derechos civiles y políticos, lo que no sucede en los otros sistemas regionales, además destacan los derechos colectivos y del desarrollo de los pueblos.

La Carta prevé una Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que se integra por once personalidades africanas de prestigio. Fue constituida en 1987, teniendo su sede en Banjul, Gambia. Asimismo, existe una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, creada a través de un protocolo posterior a la Carta en Uagadugú, Burkina Faso, en 1998 (entrando en vigor en 2004), si bien la propuesta de su existencia fue realizada en 1961, en una reunión de juristas africanos en Lagos, Nigeria.

La Corte se integra por 11 juristas. En 2006 fueron electos los primeros jueces, con renovación y nuevos integrantes en 2008. Inició sus funciones de manera provisional en Addis Abeba, Etiopía, en noviembre de 2006; y luego en Arusha, Tanzania, a partir de agosto de 2007. Hasta la fecha sólo 25 países han aceptado su jurisdicción⁴⁸, de los 53 que integran la Unión Africana y que también ratificaron la Carta de Banjul. Tiene competencias *consultivas* y *contenciosas*, y el primer fallo de la Corte fue emitido el 15 de diciembre de 2009, en el *Caso Michelot Yogogombaye vs. República de Senegal*⁴⁹.

argumentos y pruebas). La Comisión no puede ahora ofrecer testigos y declaraciones de las víctimas y sólo en algunos casos podrá ofrecer peritos; se crea la figura del Defensor Interamericano en aquellos casos en que las víctimas no cuenten con representación legal (antes lo representaba la Comisión); se incorpora lo resuelto en la opinión consultiva 20/09, relativa a que los jueces no pueden participar de las demandas individuales cuando el Estado demandado sea el de su nacionalidad y la figura del juez *ad hoc* se restringe exclusivamente para comunicaciones interestatales; se autoriza el uso de nuevas tecnologías, por ejemplo, notificaciones por medios electrónicos, declaraciones vía audiovisual, etc.; rectificación de las sentencias, de oficio o a petición de parte, por errores notorios, entre otros aspectos relevantes que fueron motivo de esta reforma al Reglamento.

⁴⁶ Sobre esta eventual reforma, *vid.* la obra de A. A. CAÑADO TRINDADE y M. E. VENTURA ROBLES, *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2.^a ed., San José, CIDH-UNHCR, 2004.

⁴⁷ *Cfr.* Informe Anual 2009, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁸ Algeria, Burkina Faso, Burundi, Côte d'Ivoire, Comoros, Gabon, Gambia, Ghana, Kenya, Libya, Lesotho, Mali, Malawi, Mozambique, Mauritania, Mauritius, Nigeria, Niger, Rwanda, Sudáfrica, Senegal, Tanzania, Togo, Tunisia y Uganda.

⁴⁹ *Cfr.* las páginas <http://www.africancourtcoalition.org>, <http://www.achpr.org> y www.african-court.org; así como los trabajos de J. C. ODIMBA, «Protección de los derechos fundamentales en África».

C) Derecho Comunitario

Además de los tres sistemas regionales brevemente señalados, debe advertirse que también en ciertos sistemas de integración comunitaria se advierte la internacionalización de instituciones de Derecho constitucional. Si bien estas integraciones nacen con fines esencialmente económicos, progresivamente se ha extendido a otras áreas, incluso a derechos humanos.

Lo anterior se aprecia claramente con el largo y sorprendente proceso evolutivo de la hoy Unión Europea (1993)⁵⁰, que iniciara en 1951 con la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, con seis miembros (actualmente con 27); hasta llegar al trascendental Tratado de Lisboa⁵¹, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, a manera de un paso más en la integración comunitaria.

En realidad este tratado retoma parte del fallido Tratado constitucional de 2004 (Constitución Europea). Entre sus múltiples aspectos relevantes, cabe destacar que de conformidad con el artículo 6.2 la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, lo que implicará la vinculación jurídica de dicho tratado. Esta dimensión traerá una nueva relación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Luxemburgo, que en principio obedecían a dos órdenes jurídicos distintos y ahora en materia de derechos humanos aplicarán el mismo instrumento, produciendo un orden jurídico constitucional complejo⁵².

3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

La progresiva aplicabilidad del Derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados, se ha venido realizando a través de diversas fórmulas o cláusulas constitucionales o bien a través del dinamismo de la jurisprudencia constitucional⁵³.

ca», en *El derecho de amparo en el mundo*, op. cit., supra nota 37, pp. 945-984; Y. SAAVEDRA ÁLVAREZ, «El sistema africano de los derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, núm. 8, 2008, pp. 671-712; J. HARRINGTON, «The African Court on Humans and Peoples' Rights» en M. EVANS y R. MURRAY (comps.), *The African Charter on Humans and Peoples' Rights: The system in practice 1986-2000*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 305-334; A. SACCUCI, «Il Protocollo istitutivo della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli: un primo confronto con le altre Corti regionali», *Rivista di Diritto Internazionale*, núm. 4, 2004, pp. 1036-1065.

⁵⁰ Vid. el Tratado de la Unión Europea, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. Sus instituciones son: el Consejo Europeo, el Parlamento y el Consejo, la Comisión (Colegio de Comisarios), el Banco Central, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal de Cuentas.

⁵¹ Denominado en realidad «Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea», suscrito el 13 de diciembre de 2007 y vigente a partir del 1 de diciembre de 2009.

⁵² Sobre estas complejas relaciones, vid. J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010; y M. APARICIO WILHELM, *La construcción de un orden público constitucional complejo. Derechos y Constitución en el Estado español como Estado autónomico e integrado en la Unión Europea*, México, UNAM, 2009.

⁵³ Una situación actual de esta dimensión, puede verse en los diversos trabajos contenidos en la obra colectiva de S. GARCÍA RAMÍREZ y M. CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional*

XXVI. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Una de las manifestaciones más claras sobre esta constitucionalización del Derecho internacional lo constituye otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Cada vez son más los Estados latinoamericanos que lo han aceptado, superando la clásica concepción de su equiparación legal. Esto ha sucedido, por ejemplo, en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, Paraguay y muy recientemente en República Dominicana, en su nueva Constitución proclamada el 26 de enero de 2010.

Esta última refleja la tendencia evolutiva de apertura que están adoptando los textos constitucionales de nuestra región en materia de derechos humanos, al establecer que: «Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado» (art. 74.3). Incluso, determinados ordenamientos constitucionales otorgan jerarquía supraconstitucional a los instrumentos internacionales en derechos humanos, en la medida en que sean más favorables en la protección de los derechos, como se establece en las nuevas Constituciones de Bolivia (art. 256.1), Ecuador (art. 424), Venezuela (art. 23) o a través del dinamismo jurisprudencial en Costa Rica⁵⁴.

La incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de los derechos fundamentales en las constituciones nacionales, implica un «bloque de constitucionalidad»⁵⁵, sirviendo como parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos que violen dichos derechos. Este «bloque» también es motivo de aceptación por parte de los máximos órganos jurisdiccionales a través de un sano activismo judicial, como recientemente lo ha estimado la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en 2009⁵⁶.

El bloque de constitucionalidad se ha venido ampliando. Además de los derechos previstos en los tratados internacionales, también lo conforma la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se ha

del Derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, México, UNAM, 2009; especialmente sobre el caso mexicano, *vid.* el ensayo de J. CARMONA TINOCO, «La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México», pp. 245-290. Asimismo, *vid.* la obra colectiva de M. BECERRA, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007.

⁵⁴ La Sala Constitucional estableció que los derechos previstos en los tratados internacionales «priman sobre la Constitución» en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías. *Vid.* la muy conocida sentencia 3.435, de 11 de noviembre de 1992, relativa al beneficio concedido exclusivamente a la mujer extranjera casada con costarricense, lo que implica una desigualdad por razones de género, aplicándose diversos tratados internacionales.

⁵⁵ Como es bien conocido, la expresión se utiliza por vez primera por L. FAVOREU al comentar un fallo del Consejo Constitucional de Francia en la década de los sesenta del siglo pasado, donde, en principio, incluía a la propia Constitución de 1958, el preámbulo constitucional y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; bloque que se ha venido ampliando en Francia y en los países donde se ha aceptado tiene contenidos distintos, como sucede en España y en varios países de Latinoamérica. En general sobre la temática, *vid.* L. FAVOREU, F. RUBIO LLORENTE y J. PÉREZ ROYO, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991.

⁵⁶ Tradicionalmente los tratados internacionales tenían rango de ley. Sin embargo, un nuevo criterio pareciera abrir la ventana hacia esta dimensión, en la sentencia 365, del 19 de octubre de 2009. Sobre esta sentencia, *vid.* M. RISSO FERRAND, «El Derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 14, julio-diciembre de 2010 (en prensa).

reconocido por la Corte Constitucional de Colombia⁵⁷, la Sala Constitucional de Costa Rica⁵⁸, el Tribunal Constitucional del Perú⁵⁹ la Corte Suprema de Argentina⁶⁰, o la Corte Suprema de República Dominicana⁶¹. Lo anterior es un paso significativo hacia un «bloque de convencionalidad» como veremos más adelante.

Por otra parte, también se advierte esta constitucionalización del Derecho internacional de los derechos humanos a través de principios o criterios hermenéuticos. Así se han constitucionalizado los principios *pro homine* y *pro libertatis* reconocidos en el artículo 29 del Pacto de San José; o bien se han utilizado por las jurisdicciones nacionales⁶². También se advierte la tendencia de incorporar «cláusulas abiertas» de recepción de la normatividad convencional o cláusulas constitucionales para interpretar los derechos y libertades «de conformidad» con los instrumentos internacionales en la materia⁶³.

4. EL CONTROL CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter «concentrada» por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional; y otra de carácter «difusa» por los jueces nacionales, en sede interna.

La primera obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana. Es en realidad un control «concentrado» de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de «garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados» y «reparar 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»; todo lo cual, cuando «decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por esta Convención» (art. 63 CADH), teniendo dicho fallo carácter «definitivo e inapelable» (art. 67 CADH); por lo que

⁵⁷ A partir de la sentencia 225/95, de 18 de mayo de 1995, relativa a la naturaleza imperativa de las normas humanitarias y su incorporación al bloque de constitucionalidad. *Vid.* también las sentencias C-578/95 y C-258/97, entre otras.

⁵⁸ A partir de la sentencia 3550-92, antes referida. Sobre esta sentencia y en general su rol en el sistema de Costa Rica, *vid.* R. HERNÁNDEZ VALLE, *Derecho procesal constitucional*, 3.ª ed., San José, Juricentro, 2009.

⁵⁹ *Vid.* la sentencia 7/2007, de 19 de junio de 2007.

⁶⁰ Sobre las diversas sentencias de la Corte Suprema argentina y su tendencial aceptación sobre el particular, *vid.* J. C. HITTERS, «¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 131-156.

⁶¹ *Vid.* la sentencia 1990-2003, de 13 de noviembre de 2003; *cf.* «El bloque de constitucionalidad en la determinación de los principios fundamentales del debido proceso», en *Diálogo Jurisprudencial*, núm. 3, julio-diciembre 2007, México, UNAM, pp. 27-50.

⁶² A nivel constitucional se regula en Bolivia, Colombia, Perú y República Dominicana, por ejemplo. Además, un buen número de jurisdicciones constitucionales han utilizado el principio *pro homine*, *pro persona* o *in bonum* en sus fallos.

⁶³ Sobre la temática, *vid.* el documentado libro de J. L. CABALLERO, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España*, México, Porrúa, 2009.

XXVI. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

los Estados «se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todo caso de que sean partes» (art. 68.1 CADH)⁶⁴.

El control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana: realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación (en sentido lato) y el Pacto de San José (y sus protocolos adicionales). En caso de violación (sea por acción u omisión), la responsabilidad internacional recae sobre el Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes. De esta manera, como lo ha sostenido GARCÍA RAMÍREZ en un importante voto concurrente⁶⁵:

«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 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».

Esta caracterización de control de convencionalidad es la natural que realiza la Corte Interamericana en sede internacional desde sus primeras sentencias; si bien es en ese voto concurrente (2003) cuando por primera vez se utiliza la expresión. La tarea de la Corte, continúa reflexionando GARCÍA RAMÍREZ, en otro voto concurrente⁶⁶:

«...se asemeja a la que realizan los Tribunales Constitucionales. Estos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los Tribunales Constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía».

Años después, vuelve GARCÍA RAMÍREZ a utilizar la expresión «control de convencionalidad» en el mismo sentido, «fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana»⁶⁷, en el voto razonado emi-

⁶⁴ Si bien la Comisión Interamericana tiene competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte, en estricto rigor no realiza un «control de convencionalidad» por no tener propiamente funciones jurisdiccionales. Las principales funciones de la Comisión se encuentran previstas en el artículo 41 de la CADH.

⁶⁵ *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.

⁶⁶ Voto concurrente razonado de S. GARCÍA RAMÍREZ en el *Caso Tibi vs. Ecuador*, resuelto el 7 de septiembre de 2004, párrafo 3.

⁶⁷ De tal suerte, dice GARCÍA RAMÍREZ, que derivado a ese «control de convencionalidad», «no puede, ni pretende —jamás lo ha hecho—, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno». Párrafo 6 del referido voto razonado.

tido en el *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, de 26 de septiembre de 2006; mismo día en que se decidió el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, donde el pleno de la Corte Interamericana utiliza por vez primera la expresión «control de convencionalidad», si bien otorgándole una dimensión distinta: con carácter «difuso», a manera de una fuerza expansiva de su jurisprudencia hacia todos los jueces de los Estados que han reconocido su jurisdicción, como a continuación pasamos a analizar.

5. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD POR EL JUEZ NACIONAL: ¿UN NUEVO PARADIGMA PARA EL ESTADO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO?

Además del control concentrado de convencionalidad que realiza la Corte Interamericana como una técnica connatural a su competencia, existe otro tipo de control de carácter «difuso», que debe realizarse por los jueces nacionales o domésticos de los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁸.

Este control es una nueva manifestación de la constitucionalización del Derecho internacional. El «control difuso de convencionalidad» consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH. Deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A) Nacimiento de la doctrina

Fue establecida por primera vez en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006. Esta sentencia se inscribe en la línea de varios fallos de la Corte Interamericana en casos de leyes de autoamnistía. Se resolvió la invalidez del decreto ley que perdonaba los crímenes de lesa humanidad, en el periodo 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, debido a que dicho decreto resultaba incompatible con la CADH careciendo de «efectos jurídicos» a la luz de dicho tratado.

Sin embargo, en el fallo también se «avanza» hacia un nuevo tipo de control, teniendo en cuenta la responsabilidad internacional del Estado. Se establece

⁶⁸ Sobre la temática, *vid.* N. SAGÜÉS, «El «control de convencionalidad», como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano», en A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI, *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Max Planc Institut, 2010, t. II (en prensa); J. C. HITTERS, «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Estudios Constitucionales*, vol. 7, núm. 2, 2009, pp. 109-128; E. REY CANTOR, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 26, 2008; y S. ALBANESE, *El control de convencionalidad* (coord.), Buenos Aires, Ediar, 2008.

XXVI. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

que la obligación legislativa en sede interna, relativa a adoptar disposiciones de conformidad con la CADH alcanza una obligación hacia el 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»⁶⁹.

Lo anterior significa que los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además, una obligación de realizar una «interpretación convencional», verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular, resultan «compatibles» con la CADH; de lo contrario su proceder sería contrario al artículo 1.1 de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconventional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado⁷⁰.

Los jueces nacionales se convierten en «guardianes» de la convencionalidad. La esencia de la doctrina del «control difuso de convencionalidad», se encuentra en el párrafo 124 de dicho fallo:

«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».

Si observamos con atención los alcances del «control difuso de convencionalidad», podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de «bloque de constitucionalidad» derivado de una constitucionalización del Derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un «deber» de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un «bloque

⁶⁹ Párrafo 123 de la sentencia.

⁷⁰ Esto se aplica en general para cualquier órgano del Estado que aplique una ley inconventional. La parte relativa del párrafo 123 de dicha sentencia señala: «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».

de convencionalidad» para establecer «estándares» en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional.

B) Desarrollo de la doctrina

Casi dos meses más tarde, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, resuelto el 24 de noviembre de 2006, la Corte Interamericana, invocando el precedente del *Caso Almonacid Arellano*, reitera su doctrina del «control difuso de convencionalidad» y la «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 procedencia⁷¹.

GARCÍA RAMÍREZ y CANÇADO TRINDADE formulan importantes votos razonados en ese asunto. El jurista mexicano aclara que el «parámetro» de control de convencionalidad debería no limitarse a la CADH, sino a todo el *corpus iuris* convencional de los derechos humanos; y también precisa que este control adquiere «carácter difuso» al quedar en manos de todos los tribunales, lo que permite un sistema de control extenso (vertical y general). Por su parte, el jurista brasileño, hoy integrante de la Corte Internacional de Justicia, agrega que los jueces nacionales deben aplicar no sólo el Derecho constitucional sino también el Derecho internacional de los derechos humanos, ejerciendo *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 para la protección de la persona humana⁷².

La doctrina sobre el «control difuso de convencionalidad» siguió consolidándose por parte de la Corte Interamericana. Se reitera, de manera firme, en los siguientes casos:

1. *La Cantuta vs. Perú*, de 29 de noviembre de 2006. La Corte Interamericana analiza, entre otras cuestiones, si en el Perú se continuaba aplicando las leyes de amnistía, a pesar de la decisión previa de la Corte Interamericana en el diverso *Caso Barrios Altos vs. Perú*, de 22 de septiembre de 2005. En ese fallo se declaró que las leyes de autoamnistía resultaban *ab initio* incompatibles con la Convención. Por tanto, su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituye una violación a la CADH.

⁷¹ El párrafo 128 de dicho fallo señala: «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” *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».

⁷² *Cf.*: los votos razonados de ambos juristas, que aparecen al final de dicha sentencia.

XXVI. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

La Corte reitera la doctrina del «control difuso de convencionalidad» en el párrafo 173 de su sentencia, reproduciendo íntegramente lo señalado en primer precedente establecido en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, en cuanto a los alcances de la responsabilidad internacional del Estado.

2. *Boyce y otros vs. Barbados*, de 20 de noviembre de 2007. En idénticos términos se reitera la doctrina en el párrafo 78, haciendo referencia a los precedentes de los *Casos Almonacid Arellano y La Cantuta*. Así, se estimó que la «cláusula de exclusión» prevista en el artículo 26 de la Constitución de Barbados que impide la impugnación de leyes vigentes, previas a la Constitución, con el propósito de revisar su constitucionalidad, resulta contraria al artículo 2 de la CADH, en relación con los preceptos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 del mismo tratado internacional; de tal manera que por dicha «cláusula de exclusión» se impedía realizar un examen de constitucionalidad del artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, que establecía una pena obligatoria de muerte para las personas condenadas por el delito de homicidio. La Corte Interamericana, por consiguiente, estimó que los tribunales de Barbados que conocieron del caso (incluida su máxima instancia judicial), debieron haber realizado no sólo un análisis y control de «constitucionalidad» de dicha ley, sino también de «convencionalidad».

3. *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, de 12 de agosto de 2008. En el presente asunto se condena al Estado a que adecue en un plazo razonable su Derecho interno, para tipificar los delitos de desaparición forzada de personas y de tortura, conforme los estándares convencionales, específicamente en la Convención sobre Desaparición Forzada y la Convención contra la Tortura. Así, en el párrafo 180 de la sentencia, se reitera la doctrina del «control de convencionalidad», según la cual, «cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos», citando los precedentes de los *Casos Almonacid Arellano* y de *Boyce*.

4. En la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 9 de mayo de 2008, en los *Casos Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes, ambos vs. Guatemala*, así como de la solicitud de ampliación de medidas provisionales del último de los casos. La Corte Interamericana recordó que es obligación del Estado brindar un procedimiento que garantice que toda persona condenada a muerte tenga el derecho a solicitar y, en su caso, obtener indulto; de tal suerte que los recursos que debe ofrecer, no deben ser simples formalidades condenadas de antemano a ser infructuosas. Destacó que en el supuesto no deseado de que el Congreso de la República de Guatemala rechace el decreto donde se estableciera el indulto, el Estado no habrá cumplido con sus obligaciones internacionales y, como consecuencia lógica, no podrá ejecutar a ningún condenado a muerte, hasta tanto no se adecue la legislación a la CADH.

Es importante destacar que en apoyo a lo anterior, la Corte Interamericana invoca su doctrina del «control de convencionalidad», recordando que cuando el legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la CADH, el Poder 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. Al invocar la doctrina, si bien no señala

los precedentes, es claro que lo toma del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, ya que se refiere a que este control debe realizarse *ex officio*, aclarando que es «evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes». Es decir, se retoman las «precisiones» del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, doctrina que a su vez había surgido en *Almonacid Arellano* y reiterada conforme hemos analizado con anterioridad.

5. *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, de 23 de noviembre de 2009. En este caso se condena al Estado mexicano, entre otras cuestiones, a realizar en un plazo razonable las adecuaciones legislativas conforme los estándares convencionales, en un doble aspecto: 1) por lo que respecta al tipo penal de desaparición forzada de personas establecido en el artículo 215-A del Código Penal Federal (que restringe la autoría del delito a «servidores públicos»), y 2) respecto al artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar, que extiende la jurisdicción militar a aquellos delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense; en este último supuesto, aclara que la inconventionalidad no deriva del artículo 13 de la Constitución federal, sino del citado precepto del Código de Justicia Militar, que ha servido de interpretación de los jueces locales y federales para extender la jurisdicción militar a supuestos no autorizados. La Corte Interamericana, recuerda que en múltiples ocasiones ha indicado que «[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia».

Se reitera la doctrina del control de convencionalidad utilizando las matizaciones relativas a que opera «de oficio» y «en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes»; señalando la necesidad de que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar, se realicen conforme a los principios establecidos en la constante jurisprudencia de la Corte Interamericana en esa materia.

Deriva de esto último, con independencia de la necesaria reforma legislativa al Código de Justicia Militar (que debe realizarse para cumplir cabalmente con la sentencia), los jueces locales y federales (incluido el máximo tribunal del país), deben dejar de aplicar dicho precepto realizando un «control de convencionalidad» a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

C) Aplicación de la doctrina en México

La aplicación del control de convencionalidad recién se utiliza a partir del año 2009 a través del juicio de amparo por los jueces federales. El primer caso lo constituye el amparo directo 1060/2008, resuelto el 2 de julio de 2009 por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa y de Trabajo, del Décimo Primer Circuito (con residencia en Morelia, Michoacán)⁷³, resuelto

⁷³ Un extracto de este fallo fue publicado con el título «Control de convencionalidad de normas jurídicas internas», en *Diálogo jurisprudencial. Derecho internacional de los derechos humanos*, México, UNAM, núm. 6, enero-junio de 2009, pp. 11-36.

XXVI. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

meses antes del *Caso Rosendo Radilla* que condena al Estado mexicano y donde ratifica la doctrina del control de convencionalidad.

En este asunto se invoca el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Se estimó precedente el amparo, utilizando la normatividad y jurisprudencia convencional. El tribunal consideró que está legalmente vinculado a observar el «control de convencionalidad» en sede interna, entendiendo como obligación aplicar en su ámbito competencial, 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 sea parte y de las interpretaciones que de sus cláusulas llevan a cabo los organismos internacionales. Debe destacarse que este precedente se debe al abogado del caso que invocó la CADH y el control de convencionalidad⁷⁴.

El segundo precedente que tenemos conocimiento fue resuelto el 21 de enero de 2010, por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, donde se invoca la doctrina del control de convencionalidad derivada de la condena en contra del Estado mexicano en el *Caso Rosendo Radilla Pacheco*; de donde derivó la tesis aislada, cuyo rubro es: «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 convención americana sobre derechos humanos»⁷⁵.

De los anteriores precedentes que han ido delineando la jurisprudencia convencional sobre el control de convencionalidad entre los años 2006 y 2010 y de lo sostenido a lo largo del presente estudio, se pueden desprender las siguientes consideraciones:

1. *Principio de legalidad*. Los jueces y tribunales nacionales están sujetos al imperio de la ley, que les obliga a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, este principio ha sufrido un cambio fundamental en el Estado constitucional de Derecho, donde las leyes deben también estar sometidas a la Constitución. De ahí que la supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad de las leyes sean un paradigma para el constitucionalismo de nuestros días.

2. *Principio de convencionalidad*. El principio de legalidad coexiste con el de convencionalidad, desde que los Estados se han comprometido a respetar los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales que voluntariamente se han sometido. Por una parte, los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades que establece la CADH, y a garantizar su libre y pleno ejercicio sin ningún tipo de discriminación (art. 1); además de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer valer esos derechos y libertades; por otra, reconocen la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que implica aceptar que los tribunales nacionales han dejado de tener la última palabra en determinados supuestos, teniendo las decisiones de ese Tribunal Internacional el carácter de «definitivo».

⁷⁴ Los planteamientos fueron realizados por el doctor Gumersindo García Morelos, destacado abogado y académico mexicano, que reside en la ciudad de Morelia.

⁷⁵ Tesis aislada I.4.ºA.91 K, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, marzo de 2010, p. 2927.

vas e inapelables» y los Estados parte se comprometen «a cumplir la decisión» (arts. 67 y 68.1 de la CADH).

3. *Supremacía Convencional*. La «supremacía constitucional» se está redimensionando, a partir del surgimiento del Derecho internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo pasado. Los Estados se comprometen a respetar los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales, creándose asimismo órganos de promoción, supervisión y control, donde los tribunales regionales en la protección de estos derechos tienen una especial incidencia en los órdenes jurídicos nacionales. Lo anterior se advierte en nuestra región, en la que la CADH adquiere una prevalencia superior respecto de cualquier norma interna (incluidas las constituciones), como se ha puesto en evidencia con la evolutiva jurisprudencia convencional, que hace suponer una «supremacía convencional».

4. *Fundamento: Buena fe y principio del efecto útil*. 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, la Corte Interamericana interpretó los artículos 1 y 2 de la CADH, criterio que ha seguido en los años siguientes. Sostiene que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos, 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 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Precisamente la Corte fundamenta el control de convencionalidad en la buena fe, por lo que establece que los jueces deben velar por el *effet utile* de los instrumentos internacionales para que no sea mermado o anulado por aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento convencional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.

5. *Control de Convencionalidad*. Derivado de lo anterior, los jueces nacionales no sólo están obligados a realizar un control de constitucionalidad dentro de sus respectivas competencias y atribuciones, sino también un control de convencionalidad, en la medida en que de no hacerlo, se podría producir una responsabilidad internacional del Estado. Este control tiene las siguientes características básicas:

i) *El juez nacional como juez interamericano*. Los jueces de los Estados parte se convierten en «guardianes» de la convencionalidad de las leyes y demás actos nacionales, al permitirles realizar un ejercicio o test de compatibilidad entre éstos y la CADH.

ii) *Carácter difuso*. Se encomienda dicho control a *todos* los jueces nacionales, sin importar la materia, jerarquía o si son jueces ordinarios o constitucionales, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

XXVI. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

iii) *Ex officio*. Este control lo deben realizar los jueces nacionales con independencia de petición o solicitud de parte, en el caso que estén conociendo.

iv) *Bloque de convencionalidad*. Si bien la doctrina de la Corte Interamericana limita el ámbito de control a la CADH, lo cierto es que atendiendo al *corpus iuris* interamericano, debe extenderse a sus protocolos adicionales (y en ciertos casos a otros instrumentos internacionales), de conformidad al reconocimiento de cada Estado y de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana; asimismo, debe también extenderse a la jurisprudencia de dicho tribunal regional (que en estricto rigor no sólo se configura con los casos contenciosos, sino también con las opiniones consultivas y con criterios derivados de las medidas provisionales y de supervisión de cumplimiento de las sentencias, donde se interprete la normatividad convencional). De ahí que estemos ante un auténtico «bloque de convencionalidad», como parámetro de control ejercido por los jueces nacionales.

v) *Efectos*. Las normas y actos inconventionales carecen de efectos jurídicos desde un inicio, lo cual repercute evidentemente en los actos derivados de aquellos. Esta es una problemática difícil que tendrá que considerarse por los operadores jurídicos nacionales.

La doctrina del «control difuso de constitucionalidad» seguramente tendrá desarrollos y matizaciones importantes en los próximos años, donde los jueces nacionales tendrán un papel fundamental en su consolidación. Sólo a través de una interacción entre la jurisprudencia convencional y la de los tribunales internos, se seguirá avanzando en la creación de estándares en materia de derechos humanos. ¿Opera este tipo de control en cualquier sistema? ¿Qué sucede en los sistemas donde no existe control difuso? ¿En qué medida aplica para los tribunales, cortes y salas constitucionales? ¿Es obligatoria la jurisprudencia convencional en aquellos asuntos donde no interviene un Estado parte? ¿Se trata de una «supremacía» o de una «primacía convencional»?

Estas interrogantes están latentes. El «control difuso de convencionalidad» implica no sólo la aplicabilidad directa de la normativa convencional, sino también otorgar «efectos expansivos» a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a manera de un Tribunal Constitucional Latinoamericano, lo cual no será fácil de aceptar por las jurisdicciones constitucionales⁷⁶. Esta nueva doctrina, cuyo éxito dependerá de su reconocimiento y eficaz práctica de los jueces nacionales, representa un nuevo paradigma para el Estado constitucional de Derecho en nuestra región, a manera de una evolución de aquél emblemático caso resuelto hace cuatrocientos años por el legendario E. COKE.

En todo caso, el *diálogo jurisprudencial* (regional y nacional) contribuirá a la permanente interacción para construir un Derecho público interamericano, recordando que los instrumentos, órganos y tribunales nacionales e internacionales en esta materia, tienen la misma y última finalidad: la protección efectiva del ser humano.

⁷⁶ Algunas jurisdicciones constitucionales han aceptado la jurisprudencia de la Corte Interamericana como parte del «bloque de constitucionalidad», como Argentina, Costa Rica, Colombia, Perú y República Dominicana, lo que abona hacia la aceptación del «bloque de convencionalidad».