

## XXVIII. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR EL JUEZ NACIONAL\*

### 1. INTRODUCCIÓN

Hace poco más de ciento sesenta años se dictó la primera sentencia de amparo de la que se tiene registro. El 13 de agosto de 1849, en San Luis Potosí, un juez de Distrito suplente llamado Pedro Sámano, otorgó el amparo en contra de una orden de destierro del gobernador de esa entidad; y lo hizo aplicando de manera directa la Constitución: el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847 que estaba entonces vigente y sin que existiera ley reglamentaria. Juez valiente que adelantándose a su época entendió la importancia de concebir al texto supremo como una norma y no como una mera declaración programática. Se adelantó a lo que en la segunda mitad del siglo xx y especialmente con las nuevas tendencias de los Tribunales Constitucionales se conoce como *fuerza normativa de la Constitución*.

Como bien se sabe, el juicio de amparo se establece por primera vez en Yucatán en 1841 como una garantía constitucional (terminología que no hay que confundir con los derechos fundamentales); pasa al ámbito federal en 1847 y después la Constitución de 1857 establece sus cimientos. Posteriormente, en el siglo xix se dio un trascendente debate respecto a los alcances del juicio de amparo, en el sentido de si debe también proceder en contra de las resoluciones de los jueces. En 1869, la Suprema Corte ordenó al juez de Distrito en Culiacán que admitiera una demanda de amparo con base en el artículo 8.º de la Ley de Amparo de 1869, el cual prohibía el amparo contra «negocios judiciales», por lo que de manera implícita nuestro más Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad de dicho precepto. El *Caso Miguel Vega* fue resuelto por mayoría de votos en el Pleno de la Suprema Corte. Esta resolución provocó que el juicio de amparo se convirtiera, a lo largo de los años, en lo que hoy conocemos como

---

\* Publicado en *XX Memorias del Ciclo de Conferencias de Actualización Judicial 2010. 25 años, 25 conferencias*, México, Tribunal Superior de Justicia del D. F., 2010, pp. 29-43. Corresponde a la conferencia impartida el 23 de marzo de 2010 (Auditorio «María Lavalle Urbina» del Tribunal Superior de Justicia).

«amparo directo» o «amparo judicial», abriendo la posibilidad de impugnar las resoluciones definitivas de los Tribunales Superiores de Justicia de las entidades federativas.

En esa época estaba vigente el recurso de casación, institución que cayó en desuso porque el amparo abrió la posibilidad de impugnar las sentencias de los jueces, lo cual duplicaba las instancias. El juicio de amparo se fue incorporando paulatinamente al ámbito constitucional en diversas latitudes; primero fue en países de Centroamérica, después en Sudamérica y hoy lo tenemos en 22 países iberoamericanos, en algunos africanos y también en ciertos países de Asia. En Europa también se le conoce con el nombre de «recurso de amparo» o «queja constitucional, por lo que hoy constituye una de las principales garantías para la protección constitucional de los derechos fundamentales a nivel mundial.

## 2. LA EXPANSIÓN INTERNACIONAL DEL AMPARO

La expansión del juicio de amparo alcanza el ámbito internacional a partir de la segunda guerra mundial; después de ésta, se empiezan a firmar pactos internacionales en materia de derechos humanos y se establecen organismos para protegerlos, lo que dio lugar al sistema universal, donde se han establecido diversos tribunales internacionales, como la Corte Internacional de Justicia, la Corte Internacional del Mar o la Corte Penal Internacional, entre otros.

Además del sistema universal, en la actualidad se han configurado tres sistemas regionales de protección de derechos humanos: el  *europeo*, donde existe acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya sede se encuentra en Estrasburgo, Francia; el  *interamericano*, conformado por dos órganos: la Comisión Interamericana, situada en Washington, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ubicada en San José de Costa Rica; y el  *africano*, de reciente creación, que también tiene una Comisión y una Corte Africana (en Arusha, Tanzania), la cual dictó su primera sentencia a finales de 2009 en un caso contra Senegal.

En la actualidad existen propuestas para ir ampliando los sistemas regionales en otras latitudes. Lo novedoso es que el individuo tiene acceso a estos tribunales supranacionales. Se permite al individuo presentar demandas contra los Estados nacionales, lo cual rompe con la concepción tradicional del Derecho internacional, en el que la visión y los conflictos se originaban exclusivamente entre Estados. Se establece una especie de «amparo internacional» y concretamente en nuestra región un «amparo interamericano».

## 3. SISTEMA INTERAMERICANO

La Organización de Estados Americanos (OEA) se creó en 1948 con 21 países (actualmente son 35). El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha tenido una progresiva configuración. Primero se constituyó la Comisión Interamericana en 1959 y veinte años después la Corte Interamericana, en 1979, como órgano jurisdiccional cúspide e intérprete final de la Convención Americana de Derechos Humanos; este instrumento internacional, conocido como Pacto de

## XXVIII. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR EL JUEZ NACIONAL

San José, fue suscrito en esa ciudad en 1969 y entró en vigor en 1978. La vinculación y entrada en vigor para México es a partir del 24 de marzo de 1981.

Ahora bien, sólo 21 Estados miembros de la OEA reconocen la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. México lo hizo el 16 de diciembre de 1998 al mismo tiempo que Brasil. Existen dos facultades de la Corte Interamericana.

a) Una *consultiva*, no jurisdiccional, donde se le puede preguntar en abstracto acerca de cuestiones de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos y de cualquier otro instrumento internacional en materia de derechos humanos que se aplique en el continente americano. México ha solicitado la opinión consultiva en dos ocasiones; la primera, relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (OC-16/99 de 1 de octubre de 1999); y la segunda, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).

b) Otra competencia de naturaleza *contenciosa*, o sea, de índole jurisdiccional, en la cual se dictan auténticas sentencias vinculantes para los Estados parte. Hasta la fecha ha habido cuatro casos contenciosos en los que México ha sido demandado formalmente. Tradicionalmente la Comisión Interamericana en Washington elevaba el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y una vez que el caso se encuentra en esa instancia, existe legitimación del individuo para seguir actuando ante dicha Corte; no hay acceso directo de la víctima y sus representantes hasta que la Comisión Interamericana somete la demanda a la Corte. El procedimiento ha cambiado a partir del nuevo reglamento (vigente desde el 1 de enero de 2010), que implica una mayor participación de las víctimas y de sus representantes desde la propia demanda y menos protagonismo de la Comisión Interamericana durante el procedimiento ante la Corte.

A continuación nos referiremos brevemente a cada caso, analizando con mayor detalle el *Caso Radilla* por representar la primera condena que implica reformar diversos ordenamientos y ejercer un «control de convencionalidad» por los jueces mexicanos.

1. *Caso Martín del Campo*. El primer caso en el que el Estado mexicano fue demandado fue el de Alfonso Martín del Campo Dodd. En septiembre de 2004 se declaró procedente una excepción preliminar propuesta por el Estado mexicano, en la cual se aduce que los hechos ocurrieron con anterioridad al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, de diciembre de 1998. Se trata de un caso en el que se siguieron todas las instancias jurisdiccionales nacionales, incluso el amparo. Llegó el asunto hasta la Corte Interamericana, y resolvió declarando procedente la excepción preliminar por falta de competencia por razón del tiempo (*ratione temporis*), debido a que la competencia contenciosa la había aceptado el Estado mexicano después de los hechos. Por tanto, en este primer caso en realidad no se entró al fondo del asunto y no hubo por consiguiente una sentencia propiamente dicha ni una condena.

2. *Caso Castañeda*. En 2008 se resolvió el llamado *Caso Castañeda* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La sentencia se dicta el 6 de agosto y es, en estricto rigor, la primera sentencia de condena internacional en contra

del Estado mexicano por violar preceptos del Pacto de San José, o sea, de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se trata de una sentencia parcialmente condenatoria. Los hechos son los siguientes: Jorge Castañeda trató de registrarse en el Instituto Federal Electoral (IFE) como candidato a la presidencia de la República. El IFE contesta, primero, que el registro relativo no se solicitó dentro del plazo previsto en la ley electoral; y, segundo, que solamente lo pueden hacer los partidos políticos, no los ciudadanos, toda vez que conforme a dicha legislación electoral no existe la posibilidad de candidaturas independientes.

Castañeda contrata abogados y recurre la resolución del IFE a través del juicio de amparo, a pesar de que el mecanismo idóneo era el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, cuya competencia es del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. La Suprema Corte de Justicia de la Nación había establecido, en una contradicción de tesis, que el Tribunal Electoral no podía dejar de aplicar una ley a un caso concreto, como lo venía haciendo desde 1996; es decir, prohibió el llamado control difuso, por lo que si el Tribunal Electoral consideraba que una ley electoral era contraria a la Constitución la dejaba de aplicar. En este caso, Castañeda impugnaba la inconstitucionalidad del Código Electoral porque la Constitución no establecía que las candidaturas tengan que realizarse por medio de los partidos políticos. Lo que reclamaba era la inconstitucionalidad del COFIPE (Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales) y recurre al juicio de amparo (no utiliza el juicio para la protección de los derechos político-electorales porque la jurisprudencia de la Corte que le prohibía al Tribunal Electoral realizar el control difuso). Sin embargo, tampoco el amparo constituía un instrumento posible porque el artículo 73 de su ley reglamentaria señala como una de las causales de improcedencia precisamente la impugnación de actos o resoluciones de órganos electorales. El juez de Distrito aplica esa fracción del artículo 73 de la Ley de Amparo y llega el caso en grado de revisión a la Suprema Corte de Justicia por su importancia y trascendencia. Con una votación dividida nuestro más Alto Tribunal determinó la improcedencia del juicio de amparo porque no era la vía idónea, por lo que confirma la sentencia del juez federal.

Como puede advertirse, el planteamiento de Jorge Castañeda quedó sin resolverse en territorio nacional, ya que no hubo órgano jurisdiccional en México que estudiara la inconstitucionalidad planteada, por lo que recurre a la Comisión Interamericana, que a su vez eleva el caso a la Corte Interamericana. La Corte Interamericana resuelve condenar al Estado mexicano por violar el artículo 25 de la Convención Americana referido a la protección judicial y, por otra parte, estima que no existe violación en cuanto al planteamiento de las candidaturas independientes, al considerar que es de configuración constitucional de cada país establecer o no dichas candidaturas independientes. En cambio, estimó que hubo violación al derecho de protección judicial establecido en el Pacto de San José, porque no hubo un mecanismo ni órgano jurisdiccional en México que conociera y resolviera el fondo de la inconstitucionalidad planteada por el señor Castañeda. Ésa es la primera condena. Hace poco, la Corte Interamericana revisó el cumplimiento de dicha sentencia y consideró que está parcialmente cumplida, al haber pagado el Estado mexicano la cantidad de 7.000 dólares al señor Castañeda por concepto de costas, pero no así en cuanto a la condena de modificar la legislación secundaria.

## XXVIII. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR EL JUEZ NACIONAL

Cabe precisar que el 13 de noviembre de 2007 hubo una reforma constitucional para permitir al Tribunal Electoral realizar el control difuso; así se deja sin vigencia la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia que lo había prohibido al resolver dos famosas contradicciones de tesis entre la Sala Superior del Tribunal Electoral y la clásica jurisprudencia sobre la materia de la Corte. En el *Caso Castañeda*, la Corte Interamericana realizó, sin decirlo, una especie de «control de convencionalidad» de la «jurisprudencia constitucional» de nuestro más Alto Tribunal, al desautorizar la jurisprudencia que en aquél momento existía donde no permitía al Tribunal Electoral realizar el control difuso respecto de las leyes electorales.

3. *Caso Campo Algodonero*. Los dos casos siguientes de condena al Estado mexicano tuvieron lugar en noviembre de 2009. El primero es la sentencia en el *Caso Campo Algodonero* dictada el 16 de ese mes, referido a los llamados «feminicidios» de Ciudad Juárez. Hubo una condena enérgica al Estado mexicano por una serie de omisiones en las investigaciones de las autoridades y denegación de justicia. En este caso las víctimas fueron tres mujeres, en realidad adolescentes de quince, diecisiete y veinte años, encontradas en un campo algodonnero de Ciudad Juárez, durante el mes de septiembre de 2001, con sus cuerpos desgarrados y con signos de violencia sexual. La Corte Interamericana estimó infringidos varios derechos previstos en la Convención Americana, como el derecho a la vida (art. 4.º), a la integridad y libertad personales (arts. 5.º y 7.º), a la protección judicial (art. 25.1), a las garantías judiciales (art. 8.1), y también al artículo 7.º de la Convención de Belém do Pará, relativo al deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Muy significativo resulta que la Corte Interamericana estimara que: «Las irregularidades en el manejo de evidencias, la alegada fabricación de culpables, el retraso en las investigaciones, la falta de líneas de investigación que tengan en cuenta el contexto de violencia contra la mujer en el que se desarrollaron las ejecuciones de las tres víctimas y la inexistencia de investigaciones contra funcionarios públicos por su supuesta negligencia grave, vulneran el derecho de acceso a la justicia, a una protección judicial eficaz y el derecho de los familiares y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido. Además, denota un incumplimiento estatal de garantizar, a través de una investigación seria y adecuada, los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las tres víctimas... Esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir...» (párr. 388 de la Sentencia).

4. *Caso Radilla*. La tercera sentencia condenatoria en contra del Estado mexicano se produce unos días después, el 23 de noviembre de 2009, en el llamado *Caso Radilla*. Nos detendremos con mayor detalle en este asunto por las implicaciones relevantes que tiene en el orden jurídico mexicano. Esta sentencia cobra una importancia superlativa para la dinámica de la interpretación de todos los jueces mexicanos, por lo que estimamos será el comienzo de una nueva etapa en los planteamientos de los abogados litigantes y, por supuesto, en la argumentación y fundamentación de los jueces en sus sentencias. La sentencia condenatoria implica, entre otras cuestiones, la necesidad de reformar el Código

Penal Federal y el Código de Justicia Militar, para adecuarlos a los estándares internacionales en la materia, así como a la necesidad de que los jueces mexicanos interpreten la normatividad nacional (incluida la Constitución federal) a la luz de los pactos internacionales y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

a) *Hechos*. El caso se refiere a una desaparición forzada de persona. Rosendo Radilla Pacheco fue un señor de sesenta años, padre de 12 hijos, que componía corridos; esta actividad fue la justificación de la detención, según se relata en los hechos, porque los corridos se relacionaban con actividades sociales y luchas campesinas. La desaparición forzada ocurrió el 24 de agosto de 1974, hace treinta y seis años; Rosendo Radilla se trasladaba en un autobús de la ciudad donde vivía a Chilpancingo, acompañado por su hijo; en un retén militar lo bajaron y ya no se supo más de él; en 1992, después de dieciocho años, una de sus hijas, Andrea Radilla Martínez, presenta denuncia penal ante el Ministerio Público Federal por la desaparición forzada de su padre y en contra de quien resulte responsable; como no hubo consecuencia alguna de esta denuncia, en 1999 realiza otra ahora ante el Ministerio Público local en el Estado de Guerrero, y así empezaron a tramitarse en el ámbito federal y en el local sin éxito.

En 2000-2001 se denunciaron los hechos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Comisión Nacional de los Derechos Humanos conoce del asunto y emite una importante recomendación. Por medio de un acuerdo presidencial de noviembre de 2001 se atiende dicha recomendación para crear una Fiscalía Especial para la desaparición forzada de personas durante la década de los años setenta y principios de los ochenta del siglo pasado. Esta fiscalía se creó en 2002 y examinó más de 500 expedientes de desaparición de personas durante esa época.

La Fiscalía Especial presentó en 2006 el denominado «Informe histórico a la sociedad mexicana relativa a un patrón de detenciones, tortura y desapariciones forzadas de personas por militares» —en la época que se conoce como guerra sucia—. En 2005 se logró la consignación ante un juez de distrito de un presunto responsable, un militar (teniente coronel de infantería, en retiro desde el año 2000), por el delito de privación de libertad en su modalidad de plagio y secuestro, pero no por desaparición forzada de personas. Al año siguiente, esta Fiscalía Especial desaparece y se integra a la Coordinación General de Investigaciones de la Procuraduría General de la República, donde el caso se acumula a 122 indagatorias más. El juez de distrito declina su competencia «por razón del fuero» en favor de un juzgado militar; esa declinación de competencia fue impugnada ante un Tribunal Colegiado de Circuito, que ratificó la competencia de la jurisdicción del juez militar. En 2006 fallece el militar (presuntamente responsable de los hechos), y se sobresee el juicio por muerte del inculcado. Éstos son los hechos por los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emite una condena en contra del Estado mexicano.

b) *La sentencia*. Es un fallo complejo, que sintetizo en cuatro aspectos fundamentales para efectos de la presente conferencia. En primer lugar, el Gobierno mexicano hizo valer diversas excepciones preliminares, entre otras la incompetencia *ratione temporis*, ya que los hechos ocurrieron en 1974 y la adición de México a la Convención Americana fue en 1981 y la ratificación de la competen-

## XXVIII. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR EL JUEZ NACIONAL

cia contenciosa de la Corte Interamericana se realizó hasta diciembre de 1998. La Corte Interamericana estimó que el delito de desaparición forzada de personas es un delito continuado y permanente; por tanto, al momento de la ratificación de la Convención y del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, la desaparición forzada continuaba. Este criterio de la Corte Interamericana, que seguramente será motivo de profundas reflexiones, podría abrir la competencia en el futuro para los llamados «casos del pasado», anteriores al reconocimiento del Pacto de San José y de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por el Estado mexicano.

El segundo aspecto (y aquí entramos al tema del «control de convencionalidad»), constituye la declaración de inconvencionalidad que hace la Corte Interamericana respecto al Código de Justicia Militar mexicano, en concreto del artículo 52, fracción II, inciso *a*), que extiende la jurisdicción militar a partir de un «criterio personal» y no «material»; o sea, de conformidad con dicho precepto, lo que interesa es si intervino o no un militar, sin importar el tipo de delito. Se entiende que siempre que actúe un militar con independencia del delito de que se trata es de jurisdicción militar; y esa previsión es lo la Corte Interamericana declaró «inconvencional» porque hay tratados internacionales firmados por el Estado mexicano que establecen que lo anterior debe de ser la excepción, no la regla. Lo que hace la Corte Interamericana es, primero, analizar la convencionalidad del artículo 13 de la Constitución federal mexicana, el cual habla del fuero militar, para ver si es convencional y de ahí concluye que el problema no es de la Constitución sino del Código de Justicia Militar; lo curioso es que los tribunales federales en el país, a partir de la vigencia de este Código de Justicia Militar (que data de 1933), han interpretado el artículo 13 de la Constitución a la luz de dicho Código y no al revés, sometiendo el mismo al prisma y control de nuestra Constitución federal. La Corte Interamericana estima que dicho precepto del Código de Justicia Militar debe reformarse y la interpretación que desde ahora realicen los jueces mexicanos debe ser a la luz de la interpretación que está realizando dicho tribunal internacional. Así, la Corte Interamericana estima que en realidad «no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos», sino el artículo 57 del Código de Justicia Militar que resulta «incompatible» con la Convención Americana por violarse el principio al juez natural.

El tercer aspecto relevante se refiere a que el delito de desaparición forzada de personas previsto en el Código Penal Federal resulta también «inconvencional», ya que no se ajusta a los parámetros internacionales. En efecto, en 2005 se incorpora en México el delito de desaparición forzada de personas. Se tipifica en el artículo 215 A, del Código Penal Federal, que a la letra establece: «Comete el delito de desaparición forzada de personas el servidor público, que independientemente haya participado en la detención ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención». La Corte Interamericana consideró que esa previsión es incompatible con la Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas, ya que este instrumento internacional no limita el sujeto activo del ilícito a «servidores públicos» sino que considera a «cualquier persona» que actúe con autorización, el apoyo o la anuencia del Estado; por tanto, condenan al Estado mexicano a que modifique dentro de un plazo razonable, el artículo 215 A del Código Penal

Federal, para que la tipificación de dicho delito sea conforme con los pactos internacionales.

El cuarto aspecto relevante para efectos de esta conferencia, está relacionado con el control de convencionalidad en sede interna, que nosotros preferimos denominar «control difuso de convencionalidad», ya que impone el «deber» de todos los jueces nacionales de ejercer un «control de convencionalidad». Esta sentencia condenatoria al Estado mexicano expresa, en sus párrafos 339 y 340, lo siguiente:

«339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de 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, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

340. De tal manera, 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, los cuales han sido reiterados en el presente caso (*supra* párrs. 272 a 277)».

Se trata de una reiteración a la doctrina del «control difuso de convencionalidad», que la Corte Interamericana viene aplicando de manera firme desde el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006. Esta nueva dimensión seguramente tendrá resistencias en el continente al implicar atribuciones novedosas para todos los jueces nacionales (sea cual sea su materia y grado). Se abre así una novedosa vertiente al tradicional control de constitucionalidad, que implica ahora realizar el «control» a la luz de la Convención Americana y de sus protocolos adicionales; lo cual también abre la posibilidad de que no sean sólo los jueces constitucionales (en nuestro país los jueces y magistrados federales y ministros de la Suprema Corte), sino también los jueces locales. Se trata de un control difuso (de convencionalidad) que implicará seguramente nuevas interpretaciones por parte de la judicatura mexicana.

Esta sentencia será un referente para el futuro. Lo es por muchas razones. Entre otras, porque puede dinamizar la utilización del Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana por parte de todos los jueces, incluidos los locales. Provocará tomarnos en serio los derechos humanos previstos en los tratados internacionales (que una vez ratificados son Derecho interno), y podría llevar a una nueva dinámica en el entendimiento tradicional entre el Derecho nacional y el Derecho internacional de los derechos humanos.

Lo anterior podría llevar también a nuevos criterios interpretativos del artículo 133 constitucional. Creemos que la Suprema Corte mexicana debería de-

## XXVIII. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR EL JUEZ NACIONAL

finir con mayor claridad la ubicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en nuestro orden jurídico, que hasta la fecha no lo ha realizado, ni siquiera en el *Caso McCain* de 2007, resuelto por mayoría de seis votos (con cinco votos particulares); en este asunto, si bien se establece que los tratados internacionales son parte integrante de la «Ley Suprema de la Unión» (interpretando el art. 133 constitucional), se ubican jerárquicamente por debajo de la Constitución y arriba de las leyes «generales», «federales» y «locales». Este criterio debe, a nuestro entender, ser matizado y avanzar hacia el pleno reconocimiento constitucional de los derechos humanos de fuente internacional, a manera de un «bloque de constitucionalidad» como constituye la tendencia contemporánea en los países de nuestra región, distinguiendo entre los tratados de derechos humanos y los demás pactos internacionales.

Ahora bien, si los tratados internacionales en materia de derechos humanos reconocidos por México tienen eficacia directa en territorio nacional y tienen que aplicarse por las autoridades y jueces mexicanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que interpreta aquellos debe también tener la misma eficacia, especialmente cuando interpreta preceptos del Pacto de San José, al ser este tribunal internacional el último y definitivo intérprete de dicho pacto. Lo anterior no significa que los jueces nacionales no puedan interpretar la Convención Americana (y sus protocolos adicionales), sino únicamente que aquél órgano jurisdiccional realizará la interpretación final. De ahí que la jurisprudencia convencional se convierte en un referente para el juez nacional, especialmente con la nueva doctrina del «control difuso de convencionalidad» como veremos más adelante. Se abre así una nueva vertiente hacia un «bloque de convencionalidad» como en los años recientes lo han venido reconociendo diversos Tribunales Constitucionales o cortes supremas en Argentina, Colombia, Costa Rica y Perú y República Dominicana, entre otros. Incluso algunos textos constitucionales así lo prevé, como en la nueva Constitución de República Dominicana de enero de 2010.

c) *La condena*. La sentencia fue pronunciada por unanimidad de los jueces de la Corte Interamericana, señalando la responsabilidad del Estado mexicano por la violación de diversos derechos previstos en la Convención Americana. La condena es amplia. En concreto, deberá el Estado mexicano:

1. Realizar una investigación eficaz dentro de un plazo razonable y, en su caso, llevar a cabo los procesos penales correspondientes por la detención y desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, para determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea.

2. Continuar con la búsqueda efectiva y la localización inmediata de la víctima o, en su caso, de sus restos mortales.

3. Realizar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar y el artículo 215 A del Código Penal Federal, con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

4. Implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisper-

dencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, así como un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas.

5. Publicar en el *Diario Oficial de la Federación* y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, determinados párrafos de la sentencia, así como publicar íntegramente la misma en el sitio web oficial de la Procuraduría General de la República.

6. Realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad del Estado mexicano en relación con los hechos.

7. Realizar una semblanza de la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco.

8. Brindar atención psicológica y/o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas, a las víctimas declaradas en la sentencia (familiares de Rosendo Radilla).

9. Pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnización por daño material e inmaterial.

10. Pagar el reintegro de costas y gastos del juicio.

Como puede advertirse, el cumplimiento de la sentencia constituye un reto para el Estado mexicano. Hasta donde tenemos conocimiento, sólo se ha cumplido con la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de párrafos de la sentencia, lo cual se realizó el 9 de febrero pasado y también apareció en la página web de la Procuraduría General de la República; el cumplimiento de muchos de los aspectos señalados implican una coordinación eficaz entre diversas autoridades locales y federales. Sería conveniente incluso avanzar hacia una ley de cumplimiento de los fallos internacionales que facilite el pleno cumplimiento de los mismos, si bien no debe ser pretexto su ausencia para lograr el cabal cumplimiento de las sentencias, ya que como bien lo establece el artículo 68.1 de la Convención Americana, los Estados parte se «comprometen» a «cumplir la decisión de la Corte Interamericana».

#### **4. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: UN NUEVO DESAFÍO PARA LOS JUECES NACIONALES**

Una de las cuestiones más relevantes para el tema que nos ocupa, es el relativo a que los jueces constitucionales deben, como señala el párrafo 340 del fallo del *Caso Radilla*, realizar «interpretaciones constitucionales» que sean compatibles con los estándares internacionales respecto de la jurisdicción militar en México, es decir, considerando el criterio material (el tipo de delito) y no el personal (el sujeto activo) para determinar la jurisdicción «civil» o «militar». De esta manera, de conformidad con el criterio de la Corte Interamericana, la simple participación de un militar en un delito no implica necesariamente la jurisdicción castrense, sino exclusivamente cuando se trata de delitos militares; de lo contrario se estaría violando el principio del juez natural, como lo ha reiterado dicho tribunal internacional en varias sentencias anteriores. Lo anterior es además acorde con lo que establece el artículo 13 de la Constitución federal mexicana, que en la parte correspondiente señala que: «...Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales

## XXVIII. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR EL JUEZ NACIONAL

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 estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda».

La Corte Interamericana supervisará el cumplimiento íntegro de su fallo en el plazo de un año a partir de la notificación del mismo, es decir, en diciembre de este año de 2010, debiendo el Estado rendir un informe sobre las medidas adoptadas para lograr el eficaz cumplimiento de esta trascendental sentencia.

¿En qué repercute este fallo para los jueces nacionales? La sentencia, como se ha puesto de manifiesto, establece un «deber» para que todos los jueces (locales y federales) ejerzan un «control de convencionalidad»; este nuevo «control», según la Corte Interamericana, implica aplicar el Pacto de San José (y nosotros agregamos también sus protocolos adicionales y otros instrumentos internacionales de derechos humanos), así como la interpretación que de ellos ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, la Corte Interamericana se erige como guardián e intérprete final de la «convencionalidad», por lo que de alguna manera se está avanzando hacia una fuerza expansiva de su jurisprudencia convencional, a manera de un Tribunal Constitucional Interamericano. Este control de convencionalidad debe ejercerse *ex officio* por todos los jueces en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, lo que implica que pudiera abrirse, en principio, también para los jueces locales o del fuero común.

Este control de convencionalidad no es algo nuevo. Constituye en realidad una línea jurisprudencial que se está consolidando por parte de la Corte Interamericana. La primera vez que surgió este término fue en un voto concurrente de S. GARCÍA RAMÍREZ, uno de los jueces más destacados que ha tenido dicho tribunal internacional, quien acaba de terminar su segundo periodo como juez titular (1998-2009). En efecto, GARCÍA RAMÍREZ se refirió al «control de convencionalidad» al emitir su voto en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003) y por primera vez el pleno de la Corte Interamericana lo establece en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* en 2006. Posteriormente esta doctrina se reitera con ciertos matices en los siguientes casos: *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006); *La Cantuta vs. Perú* (2006); *Boyce y otros vs. Barbados* (2007); *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008); *Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes, ambos vs. Guatemala*, en la resolución de supervisión de cumplimiento (2008); y, por supuesto, en el *Caso Radilla* brevemente analizado. Así se advierte que hay una reiteración en la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana para ir construyendo la doctrina del control difuso de convencionalidad, que como veremos a continuación, en México inicia su aplicación.

Precisamente en el fallo del *Caso Radilla*, en una nota a pie de página se menciona un amparo resuelto por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa y de Trabajo, del Décimo Primer Circuito (con residencia en Morelia, Michoacán), en el amparo 1060/2008 (julio de 2009) —o sea, antes de la condena internacional—. Se aplicó un control de convencionalidad y la propia sentencia explica los alcances de dicho control. Esto quiere decir que antes de la condena internacional, un Tribunal Colegiado de Circuito había considerado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Hu-

manos lo obligaba y por ello aplicó de manera directa la jurisprudencia de ese tribunal internacional.

Posteriormente, la doctrina del control difuso de convencionalidad ha encontrado eco por otros tribunales. En efecto, en enero de 2010, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (D. F.), aplicó el control de convencionalidad citando de manera expresa el *Caso Radilla*. Están por publicarse en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* algunas tesis derivadas de dicho asunto; una de ellas referida a que este control de convencionalidad «debe» ser ejercido por los jueces del Estado mexicano en los asuntos sometidos a su consideración y ahí explica las razones de ello.

Hace unas semanas el pleno de la Suprema Corte de Justicia discutió el tema del «control de convencionalidad» en la acción de inconstitucionalidad 22/2009 (en la sesión pública del 4 de marzo de 2010), donde resolvió, por mayoría de votos, que las Comisiones de Derechos Humanos sólo pueden invocar derechos previstos en la Constitución y no en los tratados internacionales. Este criterio reduccionista lo estimamos contrario a la tendencia iberoamericana; en esa ocasión analizaron si debía realizarse, y en qué medida, el control de convencionalidad. La discusión no ha terminado. De hecho, creemos que recién inicia y seguramente será motivo de intensos debates en el seno de nuestro más Alto Tribunal y de otros tribunales nacionales en los próximos años. Hay otra acción de inconstitucionalidad cuyo ponente es el ministro Gudiño Pelayo, donde se tiene previsto analizar el grado de eficacia (y obligatoriedad) en nuestro sistema jurídico de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## 5. CONCLUSIÓN

Además de los cuatro casos antes analizados, existen tres asuntos más en contra del Estado mexicano que se resolverán en la Corte Interamericana de Derechos Humanos probablemente en este mismo año de 2010: *Caso Inés Fernández Ortega y otros*, *Caso Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores* (conocido también como el caso de los Campesinos Ecológicos); y *Caso Valentina Rosendo Cantú y otra*. En estos asuntos también se encuentra involucrada la temática de la jurisdicción militar. Seguramente estas futuras sentencias constituirán, al igual que los anteriores casos brevemente analizados, nuevos retos para el Estado mexicano.

Concluyo como inicié, recordando que un valiente juez federal suplente dictó la primera sentencia de amparo aplicando de manera directa un precepto constitucional. Hoy, a más de siglo y medio de distancia, se requiere que nuestros jueces (federales y locales) apliquen valerosamente los derechos previstos también en los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la propia jurisprudencia convencional, a pesar de no haber todavía un criterio al respecto de la Suprema Corte mexicana y tampoco una ley que reglamente el cumplimiento de las sentencias internacionales. De esta forma, nos encontramos en un proceso de constitucionalización del Derecho internacional de los derechos humanos y una manera probablemente eficaz para lograrlo sea la nueva doctrina del «control difuso de convencionalidad», para lograr ahora la *fuerza normativa del texto convencional* donde se hace necesario que nuestros jueces interpreten la

## XXVIII. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR EL JUEZ NACIONAL

Constitución y legislación secundaria conforme los tratados internacionales y la jurisprudencia convencional. Estamos, en definitiva, transitando de un «control de constitucional» a un «control de convencionalidad», sin olvidar que ambos buscan lograr la eficaz tutela de los derechos humanos, sean de fuente nacional o internacional.

Este es, sin lugar a dudas, uno de los principales retos y desafíos que en los próximos años enfrentarán los jueces mexicanos, incluidos los jueces y magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Muchas gracias por su atención.

23 de marzo de 2010  
Auditorio «María Lavalle Urbina»  
Tribunal Superior de Justicia del D. F.