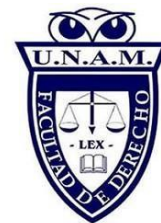


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

---



FACULTAD DE DERECHO



**ESTUDIO SOBRE EL CONTROL INTERNO O DIFUSO DE  
CONVENCIONALIDAD: ORÍGENES, CARACTERÍSTICAS  
Y ACTUALIDAD**

*El falso control de convencionalidad*

Tesis que para obtener el título de  
Licenciado en Derecho

Presenta:  
Jorge Guillermo Chávez Abraján

Director:  
Dr. Baldomero Mendoza López

Ciudad Universitaria, 2015  
Distrito Federal



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

UNIDAD DE SEMINARIOS "JOSÉ VASCONCELOS"  
FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y  
DE AMPARO

Cd. Universitaria, D.F., 10 de agosto de 2015.

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ**  
**DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN**  
**ESCOLAR DE LA U.N.A.M.**  
**P R E S E N T E.**

Por este conducto, me permito comunicar a usted, que el pasante **CHÁVEZ ABRAJÁN JORGE GUILLERMO**, con número de cuenta 40704167-9 bajo la supervisión de este Seminario, elaboró la tesis intitulada **ESTUDIO SOBRE EL CONTROL INTERNO O DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD: ORÍGENES, CARACTERÍSTICAS Y ACTUALIDAD**, realizada con la asesoría del profesor Lic. **Baldomero Mendoza López**.

Con fundamento en los artículos 8º fracción V del Reglamento de Seminarios, 19 y 20 del Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene las que son de exclusiva responsabilidad de su autor. En consecuencia, se autoriza su presentación al Jurado respectivo.

*"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"*

**A T E N T A M E N T E**  
**"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"**  
**DIRECTOR DEL SEMINARIO**

**LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSI**

\*mpm.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**Licenciado Edmundo Elías Musi**  
**Director del Seminario de Derecho Constitucional**  
**Y Amparo de la Facultad de Derecho de la UNAM**

Estimado maestro, por medio de la presente hago saber a usted, que el joven **Jorge Guillermo Chávez Abraján**, con número de cuenta **407041679**, ha concluido satisfactoriamente su trabajo de investigación titulado *Estudio sobre el control interno o difuso de convencionalidad: orígenes, características y actualidad*, del cual me desempeñé como tutor.

Quiero manifestarle que el trabajo de investigación que ahora se pone a su consideración, fue realizado con una metodología adecuada, el desarrollo de los temas que la integran fueron abordados bajo un esquema crítico y propositivo, sustentado en una bibliografía suficiente.

Debo manifestarle, que el joven **Chávez Abraján**, siempre se ha destacado como un alumno de excelencia y, el tiempo dedicado a la elaboración de su trabajo de investigación da como resultado, en mi concepto, una tesis digna de un egresado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Extiendo la presente carta de terminación de investigación, y de así considerarlo usted, le pido se aprueba la misma y pueda continuar el alumno con sus trámites para la presentación del examen profesional.

Sin más por el momento, agradezco su atención y quedo ante usted para cualquier aclaración.

**"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"**  
**Ciudad Universitaria, México, julio 2015**  
**Dr. Baldomero Mendoza López**

El hombre es un fin en sí mismo  
*Emanuel Kant*

A mis padres y hermana  
*Sine qua non*

## AGRADECIMIENTOS

Todo lo que la finalización de mis estudios significa, tan sólo es equiparable con lo que en su momento representó el ingreso a esta Universidad. La elaboración de este trabajo es por una parte la manera que elegí para concluir mis estudios de licenciatura y por otra –la más importante–, la forma que considero mejor para expresar mi gratitud hacia la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberme abierto las puertas a la institución educativa más importante del país.

Quiero dejar constancia de mi agradecimiento a cada uno de los profesores de la Facultad de Derecho, sin su pasión por la ciencia jurídica y su compromiso con la Universidad, mi formación no hubiera sido la misma. Al señor rector, Dr. José Narro Robles y a la Directora de la Facultad, Dra. María Leoba Castañeda Rivas, por motivar mis estudios mediante el reconocimiento académico otorgado en el 2012. Así como a la Universidad de Bologna, Italia y a los profesores que integran su claustro, por haberme recibido para realizar un intercambio académico en tan distinguida institución. Espero en todo momento haber correspondido con respeto, atención y estudio a las valiosas clases que recibí de todos mis maestros y a la calidad de estudiante que la Universidad requiere.

Son justamente las personas a quienes les debo mis mayores agradecimientos, su compañía en este proceso de formación ha sido fundamental para llegar hasta aquí.

Así, agradezco sentidamente al Dr. Baldomero Mendoza López, mi maestro, por la confianza que siempre ha depositado en mí; por apoyarme en este proyecto, pero sobre todo, por honrarme con su valiosa amistad.

La práctica que todo lo jurídico requiere la he podido desarrollar en diversos lugares; de entre todas esas experiencias, mi mejor ejemplo de

compromiso y excelencia en la impartición de justicia indudablemente lo encuentro en la licenciada Silvia Cerón Fernández, a quien además de admiración, le expreso mi profunda gratitud, porque sin yo tener mayor mérito que el deseo de aprender, me permitió colaborar en el Poder Judicial de la Federación y con ello servir a la causa de los derechos humanos y a mi país; pero sobre todo por darme su consejo y apoyo.

Desde los primeros tiempos de mi estancia en la universidad conocí a dos personas a quienes me siento honrado de saberlos mi familia, esa con la no se nace pero que se elige: Verónica Aideé Palacios de la Torre y Hugo Roberto Pérez Lugo. Gracias por todo lo que para mí significan.

También a mis entrañables amigos Andrés Enrique Pacheco Pacheco, Diego Aarón del Pilar Miranda y Eduardo Torres Alonso, con quienes además de una sincera amistad, me une el compromiso de un México mejor. A Eva Juárez Hernández, por estar siempre cerca de mí y a Francisco Martínez Cruz, por brindarme su valiosa amistad. Así como a las familias Chávez-De la Garza y Abraján-Landa; a mis abuelos Jorge (†) y Nila, por su incondicional apoyo a lo largo de mi vida.

Ciertamente, nada de lo que soy tendría sentido sino se explica a través del aliento que en todo momento y circunstancia me ha acompañado: mi padre Guillermo, mi madre Esther y hermana Alejandra, quienes con su amor y sacrificio siempre me han apoyado. A ustedes, además de mi mayor gratitud y reconocimiento, les dedico este esfuerzo, con todo lo que ello significa.

Ciudad de México, 2015



# ÍNDICE

Introducción .....	XVII
--------------------	------

## Capítulo I

<i>Los derechos humanos y sus garantías</i> .....	25
---	----

I.1 Derechos humanos, derechos fundamentales y garantías individuales .....	25
---	----

I.2 Los derechos fundamentales en el Estado constitucional .....	28
--	----

I.3 Garantía de los derechos humanos.....	31
---	----

## Capítulo II

<i>Teoría del “control interno o difuso de convencionalidad”</i> .....	37
--	----

II.1 Control de la constitucionalidad y control de la convencionalidad.....	37
---	----

II.2 Control concentrado y control difuso de la convencionalidad.....	43
---	----

II.3 Orígenes .....	48
---------------------	----

II.4 Operación jurídica a realizar .....	57
--	----

II.5 Objeto y Objetivo del “control difuso de convencionalidad” .....	59
---	----

II.6 Parámetros para ejercer el “control difuso de convencionalidad” .....	61
--	----

II.7 Característica <i>ex officio</i> del control interno de la convencionalidad.....	66
---	----

II.8 Fundamento del llamado “control difuso de convencionalidad” .....	69
--	----

II.9 Efectos del “control interno de la convencionalidad” .....	74
---	----

II.10 Órganos encargados de ejercer “control difuso de convencionalidad” .....	77
--	----

II.11 Regularidad de la teoría del “control interno de convencionalidad” .....	80
--	----

## Capítulo III

<i>El “control difuso de la convencionalidad” en México</i> .....	83
---	----

III.1 El caso Radilla Pacheco.....	83
------------------------------------	----

El trámite y resolución en la Corte IDH.....	83
--	----

El trámite y resolución en la Suprema Corte de Justicia de la Nación .....	86
--	----

III.2 Caracterización del “control interno de la convencionalidad” en México .....	89
Fundamento del “control interno de la convencionalidad” en México .....	89
Parámetros para ejercer “control difuso de la convencionalidad” en México..	113
Característica <i>ex officio</i> del “control difuso de la convencionalidad en México“	122
Órganos encargados de ejercer “control difuso de la convencionalidad” en México.....	126
Efectos del “control interno de la convencionalidad” en México .....	133
¿Para qué el llamado control de convencionalidad en México?.....	135

## **Capítulo IV**

### ***El real y el falso control de convencionalidad: ¿en qué consistió en México?...*** 137

El control de convencionalidad según la Corte IDH .....	137
El control de convencionalidad implementado en México .....	142
Sobre lo favorable y necesario del control de convencionalidad en México .....	151

Conclusiones .....	157
--------------------	-----

Fuentes consultadas .....	165
---------------------------	-----

# INTRODUCCIÓN

## I

El 14 de julio de 2011 es una fecha histórica para el constitucionalismo mexicano. En aquella fecha se introdujo en México el llamado “Control *interno* de convencionalidad” y con motivo de esta nueva figura se abandonó la tradición jurídica que imperaba y disponía un modelo de control *concentrado* de constitucionalidad, para pasar a uno *difuso*. Tan relevante fue la resolución que introdujo estos cambios, que, por los avances en la protección a derechos humanos y su significación para la memoria colectiva de la sociedad, le fue otorgado el certificado de Memoria Documental de América Latina y el Caribe, por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

Hasta antes de esta fecha, sólo el Poder Judicial de la Federación tenía facultades de control de la constitucionalidad y de inaplicación de normas, actuaba a solicitud expresa del demandante y salvo en determinados casos, sólo podía circunscribirse a las violaciones que le hubieren sido alegadas. Con la adopción del “control interno de convencionalidad” se apartaron esas reglas y se le confirió a *todos* los órganos jurisdiccionales la facultad de ejercer dicho control, aun cuando las partes no lo solicitaran y de manera destacada, el poder de inaplicar normas; con el nuevo *control* pareció además haberse abandonado el principio de Supremacía Constitucional, pues su idea evoca en sí la primacía del derecho internacional sobre todo el derecho interno, incluida por supuesto la constitución nacional.

¿A qué se debieron estos cambios paradigmáticos? El hecho que los motivó fue la sentencia del caso Radilla Pacheco, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Corte IDH) en la cual el Estado

mexicano fue declarado internacionalmente responsable por la violación de derechos humanos. A partir de ella, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el expediente Varios 912/2010, abordó las acciones concretas que estimó correspondían al Poder Judicial de la Federación para acatar aquella resolución y dijo que resultaba la obligación de todos los jueces ejercer control de convencionalidad *ex officio*, lo que además se justificó con la reforma al artículo primero constitucional, de junio de 2011, principalmente.

Pero, ¿qué pasaría con los cambios implementados si los argumentos que sostienen esta teoría, en realidad la contradicen? La idealización del control *difuso* de convencionalidad en México se ha olvidado de dar certeza sobre aspectos torales como determinar en principio ¿qué es el llamado control interno de convencionalidad? ¿En realidad la Corte IDH impuso esta obligación al Estado mexicano? ¿Es por sus orígenes y por sus resultados un cambio favorable? Nadie quisiera pensar que se ha puesto en marcha una figura de inexistentes fundamentos o aventuradas implicaciones, que más que favorecer, ponga en riesgo la tutela de los derechos fundamentales.

## II

El objetivo que persigue esta investigación es realizar un estudio general del llamado control *interno* o *difuso* de convencionalidad. Se propone conocer y revisar las bases que lo sostienen, así como la forma en que se ha implementado en México. Esta investigación parte del hecho de que si bien esta figura se introdujo en el 2006, fue en el 2011 cuando se recibió en México y en el 2013 cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos la aclaró, de modo que es posible afirmar que se trata de una institución nueva, pues aun cuando mucho se ha escrito sobre ella, quedan muchas dudas por resolver. A su vez también persigue un objetivo específico, que es resolver si el control de convencionalidad en México corresponde a la institución a que se ha

referido la Corte Interamericana y si su implementación puede considerarse favorable.

Para lo anterior, este trabajo está diseñado en cuatro capítulos, pensados de forma tal que su estudio permita lograr los objetivos trazados. De este modo, el capítulo primero ofrece algunos elementos conceptuales que permiten conocer el marco del control de convencionalidad, se trata de los derechos humanos y sus garantías. Así, se explican las diferencias entre derechos *humanos*, derechos *fundamentales* y *garantías individuales*; distinción sin la cual no es posible avanzar en el desarrollo de los temas posteriores. A continuación se exponen, de manera muy breve, los antecedentes de los derechos humanos, que a su vez coinciden con el nacimiento del Estado constitucional, para mostrar con ello que los derechos humanos forman parte y se explican desde una óptica moderna, a través de una forma de organización que presupone que el ejercicio del poder se encuentra limitado y cuyo objetivo principal es el respeto a esos derechos. Para finalizarlo, se describe a las garantías de derechos humanos, medios con lo que es posible lograr su efectividad.

Debe siempre tenerse presente que el eje que conduce a este trabajo y que a su vez lo justifica, es la realización de los derechos humanos, y que la institución en torno a la cual gira, se ha planteado precisamente como un tema de garantía de los derechos.

El capítulo segundo aborda los aspectos principales del control de convencionalidad requerido a autoridades nacionales. En él se exponen sus orígenes, la razón del porqué para referirse a esta figura se emplean los adjetivos *interno* o *difuso*, y exhibe también las principales similitudes y diferencias que tiene con el control de constitucionalidad.

Enseguida trata propiamente los rasgos que lo caracterizan: cuál es la operación jurídica a realizar, el objeto de que se ocupa y el fin que persigue, los parámetros que se deben emplear para ejercerlo, lo relativo a que debe

realizarse aún sin que sea solicitado, los diversos fundamentos que se consideran respaldan su obligatoriedad, los efectos que debe tener esta operación y quiénes son los sujetos que deben ponerlo en práctica.

Para lo anterior y debido a que se trata de una teoría proveniente de la Corte Interamericana, se investigaron las sentencias que en su parte conducente abordan el tema, el resultado permitió sistematizarlas para luego clasificar cada pronunciamiento según los rasgos que le corresponden. Este ejercicio permitirá conocer dos aspectos concretos: 1) cuáles son las principales características del control interno de convencionalidad y las ideas que sobre cada una ha manifestado la Corte Interamericana, y 2) mostrar el desarrollo graficado de sus principales características en el transcurso del tiempo.

En conjunto, este capítulo tiene por objetivo conocer desde lo general al control *interno* de convencionalidad, proporcionando de manera descriptiva un panorama sobre él y determinar si, desde la Corte Interamericana, órgano que lo introdujo, se trata de un mensaje sobre el que existe certeza.

El capítulo tercero traslada el control de convencionalidad al ámbito mexicano, y se divide en dos partes: la primera se refiere al antecedente que vinculó a esta teoría con el foro nacional, esto es, el caso Radilla Pacheco, desde la sentencia emitida por la Corte IDH, como en su recibimiento en el expediente Varios 912/2010, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La segunda parte aborda la caracterización que hasta mayo del 2015 ha tenido esta figura en el contexto mexicano. Para lo anterior resultarán útiles los datos obtenidos en el capítulo precedente, pues las ideas que fueron emitidas *desde* la Corte Interamericana ven su implementación en un sistema jurídico concreto. En ella se aborda de manera predominante (a) los fundamentos que sustentan el ejercicio de esta figura y confronta si en efecto, se tratan de argumentos sólidos. También se revisan (b) los parámetros, es decir, cuáles son los actos que pueden someterse a ése control y cuál es el

material con el cual se confrontan. Apartado en el cual cobra especial relevancia exhibir la interacción de una figura que supone la primacía del derecho internacional en un sistema donde se da preeminencia a la Constitución nacional; enseguida se aborda la característica (c) *ex officio*, conforme a la cual esta facultad se debe ejercer aun cuando no sea requerida, los cambios y dificultades que genera al pedirse en un contexto de reglas contrarias a esa idea y además, solicitársela a quienes por razón de materia no tienen competencia para resolver jurisdiccionalmente sobre la regularidad de normas contrarias a derechos humanos, (d) quiénes son ahora los órganos facultados para ejercer el nuevo control en un sistema en donde sólo a algunos les era permitido realizar control de la constitucionalidad, (e) los efectos, es decir, derivado del ejercicio del control requerido, qué consecuencias puede tener dicha operación y (f) la finalidad que persigue el llamado control de convencionalidad en México.

Este capítulo tiene por objetivo mostrar cómo ha sido la implementación del control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano, las transformaciones jurisprudenciales que le derivaron, así como las principales tensiones que genera una figura impuesta desde el ámbito internacional. La suma de los resultados obtenidos en este apartado permitirá tener elementos para en el capítulo siguiente, calificar la implementación práctica de esta teoría.

Finalmente, el capítulo cuarto explica lo que realmente significa el control de convencionalidad para su creadora, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para luego mostrar en qué consistió en México. Este análisis parte del hecho de que fue en el 2013, siete años después de haberse creado, y dos de haberse institucionalizado en nuestro país, cuando aquel tribunal supranacional por primera vez aclaró esta teoría.

Por lo anterior, es importante identificar dos perspectivas distintas de análisis sobre el “control interno de convencionalidad”, la primera se observa

desde su introducción y construcción en el 2006, a partir de los pronunciamientos de la Corte Interamericana; la segunda que se deriva de que en el 2013 fue cuando ésa Corte precisó sus alcances.

Con la guía anterior será posible calificar si el control interno de convencionalidad mexicano es un *verdadero* o un *falso* control. Por último, atento a los resultados obtenidos a lo largo del desarrollo de los capítulos precedentes, califica la fortuna y necesidad de su implementación en México.

### III

En sus orígenes, el bosquejo de este trabajo tuvo por título “El control *interno* de convencionalidad de las constituciones nacionales”, en ese entonces, conociendo un poco menos la figura que ahora estudio, pero con la emoción que significó su introducción en México, quise proponer que mediante ella se corrigieran las normas que desde la constitución transgreden derechos humanos.

Sin embargo, a pesar de la simpatía con que en su momento me adherí a la doctrina sobre el control interno de convencionalidad, siempre hubo algo que nunca acabó de convencerme, y es que se planteaba como una figura revolucionaria que cambiaría la tutela de los derechos humanos, pero no respondía a preguntas clave que son el sustento de cualquier institución, la primera por ejemplo, conocer cuál era su naturaleza.

Ante la ausencia de bases sólidas para emprender el bosquejo ideado, —que se debió a la falta de claridad sobre el control *interno* de convencionalidad—, decidí abandonar aquel primer proyecto y presenté un protocolo de investigación, que si bien para mi gusto tiene un título muy amplio y hasta vago, permite verdaderamente ofrecer, al final del trabajo, los resultados de una investigación sobre una novedosa pero desconocida figura.



Es por eso que hoy, conociendo un poco más a ésta institución, me sentiría a gusto de titular a este trabajo “Estudio sobre el falso control de convencionalidad”, porque es posible explicarla de manera más idónea a través de lo que no es. Ahora, más que proponer novedades de la índole inicialmente planteada, lo único que tengo claro es que se deben reconsiderar aspectos torales de esta institución, postura que se justifica por los interesantes elementos obtenidos a lo largo del trabajo y que espero sean de interés y utilidad para el lector.

Aun cuando mi trayectoria profesional es breve, si algo me queda claro es que la sociedad necesita instituciones que de manera real sean capaces de otorgar seguridad jurídica y bienestar social. Es esa la finalidad del derecho. Por lo anterior, la vocación de fondo que asume este trabajo y que es el puerto al cual pretende arribar, es la de garantizar efectivamente a los derechos humanos. Por lo anterior, parto de la premisa de que no debe tenerse por cierto todo aquello que bajo la garantía de derechos se presente y por tanto, propongo calificar como favorable a la figura que se estudia, en la medida en que los diversos elementos que en la teoría y en la práctica la caracterizan, muestren que pueden cumplir con la efectiva (y no sólo discursiva) realización de los derechos.

De este modo, la investigación realizada se justifica porque busca aportar elementos concretos que abonen al conocimiento y discusión de una figura que con mucho interés se ha tratado en años recientes, pero que a diferencia de la doctrina predominante, propone observarla con una perspectiva distinta. En la recopilación bibliográfica, deseo destacar los determinantes trabajos que sobre el tema ha realizado Karlos Castilla Juárez, quien con argumentos contundentes ha puesto sobre la mesa la importancia de revisar con realidad de qué se trata esta teoría. A su vez, Pido indulgencia al lector por las múltiples citas formuladas, sucede que en algunas ocasiones el mejor recurso para proponer una lectura diversa a la que se da por hecha sobre

alguna cuestión, es mostrar, a la literalidad, lo que disponen determinados textos o autores. Así, este trabajo sugiere dar un paso atrás en el estudio del control interno de convencionalidad, pues considera importante revisar de manera crítica los principales elementos sobre los que se ha construido, pero también un paso adelante, al mostrar las principales tensiones que su implementación práctica ha traído en México.

# CAPÍTULO I

## Los derechos humanos y sus garantías

### I.1 Derechos humanos, derechos fundamentales y garantías individuales

Una primera aproximación terminológica exige distinguir y precisar entre *garantías individuales*, *derechos humanos* y *derechos fundamentales*. La expresión *garantías individuales*<sup>1</sup> debe distinguirse tajantemente de las dos categorías restantes, pues

El concepto de garantía no puede ser equivalente al de un derecho. La garantía es el medio, como su nombre lo indica, para garantizar algo, hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado<sup>2</sup>

Es decir, la garantía es la obligación correlativa al derecho, es el mecanismo para hacer valer las prestaciones de que es titular determinado sujeto. *Derechos* y *garantías* son dos elementos pertenecientes a la misma idea pero con distintos significados.

Por lo que hace a derechos *humanos* y derechos *fundamentales*, es corriente predominante la que considera que no son equivalentes; Miguel Carbonell expone respecto de los primeros [que] “son una categoría más amplia y que, en la práctica, se suele utilizar con menos rigor jurídico que la

---

<sup>1</sup> La expresión “garantías individuales” se encontraba arraigada en la tradición jurídica mexicana, su significado se identificaba con el de “derechos fundamentales” o “derechos humanos”. Mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 10 de junio de 2011, se termina con esta tradición histórica, al pasar de la denominación del Título primero, Capítulo I, de la Constitución mexicana, que decía “De las Garantías Individuales” al que actualmente dice “De los Derechos Humanos y sus Garantías”.

<sup>2</sup> Carbonell Sánchez, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2a.ed., México, Porrúa, 2006, p.6

de ‘derechos fundamentales’ (...); como expectativas que no están previstas de forma clara en alguna norma jurídica”;<sup>3</sup> a su vez, para Giorgio Pino, los derechos *humanos* se aproximan más a los derechos *naturales*, de modo que “mientras los derechos humanos pueden ser objeto de una argumentación puramente moral, los derechos fundamentales reconocidos por normas jurídicas figuran en una argumentación jurídica.”<sup>4</sup>

La diferenciación entre los adjetivos *humano* y *fundamental*, se ha gestado, al parecer, desde los órdenes estatales, toda vez que en el ámbito internacional denotan el mismo significado. Cabe cuestionar si esta distinción es vigente y sobre todo, si abona a la efectiva realización del ser humano, pues en todo caso, es la finalidad que unos y otros persiguen.

La base de la diferenciación entre derechos *fundamentales* y *humanos* radica en que se vincula a los primeros con aquellos que han sido positivizados en una constitución o texto de carácter fundamental, mientras que se asocia a los segundos con una categoría vaga, que excede el ámbito jurídico y que no son plenamente exigibles ni identificables en un ordenamiento jurídico, de modo que bajo este criterio se considera que no todos los derechos humanos son fundamentales, pero sí todos los derechos fundamentales son derechos humanos.

Gonzalo Aguilar Cavallo<sup>5</sup> expone que esta diferenciación no abona a la efectiva realización del ser humano, porque de conformidad con los criterios interpretativos de los propios derechos (interdependencia, indivisibilidad, universalidad), no es posible, más que para fines pedagógicos, establecer generaciones e importancia de los derechos, pues unos y otros son en realidad sujetos de tutela estatal; sobre todo, porque al despojar a los derechos

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>4</sup> Pino, Giorgio, *Diritti e interpretazione, Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Italia, Il Mulino, p.13. (La traducción es propia).

<sup>5</sup> Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIII, num.127, enero-abril de 2010, pp. 15-71.

humanos de una categoría jurídica, lo que sucede en realidad es que se les resta valor jurídico obligatorio en el orden estatal.<sup>6</sup>

El individuo no puede quedar sujeto a estatus jurídicos diferentes de sus derechos y libertades, sin que ello hiciera correr peligro su integridad moral, psicológica y física, sin perjuicio de constituir ello un socavamiento de los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos<sup>7</sup>

De este modo, en el presente trabajo el uso de los adjetivos *humano* y *fundamental* será indistinto, porque no obstante las razones para preferir uno u otro, en el ordenamiento jurídico mexicano se emplean como sinónimos, como es posible observar en la Constitución Federal, sin que esto haya representado una merma en la efectiva realización del ser humano.

Por otra parte, los derechos fundamentales desde una perspectiva teórica y estructural, como la propone Luigi Ferrajoli, son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <todos> los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”.<sup>8</sup> Es decir, nos explica *qué son* más no *cuáles son*. La respuesta a ¿cuáles son los derechos fundamentales? se ofrece en el derecho positivo de un determinado ordenamiento jurídico,<sup>9</sup> en esta

---

<sup>6</sup> Dentro de las principales conclusiones del interesante trabajo de Aguilar Cavallo, se encuentran que: a) La diferenciación se da en los órdenes estatales, no así en el internacional, en el cual derechos humanos y fundamentales denotan el mismo significado, b) el individuo es titular de derechos humanos tanto de fuente nacional como internacional; c) dentro de los principales argumentos que sostenían la diferenciación entre derechos humanos y fundamentales, se encontraba la división de derechos en generaciones y la concepción de derechos de tipo prestacionales y no prestacionales por el Estado, dichos argumentos a la luz de los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad no pueden seguir sosteniéndose, d) diferenciar las clases de derechos en comento, significa rebajar a los derechos humanos a unos sin plena efectividad jurídica y e) superar la distinción terminológica ayudará a fortalecer la posición preeminente del individuo en la comunidad estatal.

<sup>7</sup> Aguilar Cavallo, Gonzalo, *op. cit.*, nota 5, p.19.

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2004, p.37.

<sup>9</sup> Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, trad. de Miguel Carbonell Sánchez, México, núm.15, julio diciembre 2006, p.117, <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>.

dimensión se abandona el criterio estructural y formal para adoptar uno dogmático, que atiende a los intereses de un Estado en particular. No obstante, con acierto el propio autor ha explicado que el hecho de estar previstos en un ordenamiento específico, como en un texto constitucional o un tratado internacional, no incide en su significado <sup>10</sup>, bien pueden estar previstos en una norma secundaria y seguir siendo derechos fundamentales.

Una connotación final sobre la pertenencia a la categoría “fundamental” de un derecho la ofrece Ernesto Garzón, quien explica que son tales por el carácter necesario que tienen para la efectiva ejecución de cualquier plan de vida,<sup>11</sup> es decir, generan condiciones sin las que no es posible que el ser humano se realice de manera autónoma.

## **I.2 Los derechos fundamentales en el Estado constitucional**

A los antecedentes de los derechos fundamentales es posible ubicarlos desde dos perspectivas: la *filosófica* y la *jurídica o normativa*;<sup>12</sup> la primera se ubica en el pensamiento de la ilustración;<sup>13</sup> la segunda se da con el advenimiento de Estado Constitucional.

Las ideas de la ilustración se consideran como antecedentes, porque sus teorías ofrecieron argumentos que enfatizaban en el valor del ser humano y su dignidad. Sostenían que al ser humano le corresponden derechos debido a su naturaleza; sin embargo, se trataba de posturas morales, religiosas o

---

<sup>10</sup> “La previsión de tales derechos por parte del derecho positivo, de un determinado ordenamiento es, en suma, condición de su existencia o vigencia *en aquel*, pero no incide en el significado de derechos fundamentales”, en Ferrajoli, Luigi, “Derechos y garantías. La ley...” cit., nota 8, p.38.

<sup>11</sup> Carbonell Sánchez, Miguel, “*Teoría de los derechos humanos* y del control de la convencionalidad”, México, ed. del autor, 2013, p. 10.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.4.

<sup>13</sup> Especialmente con John Locke como padre del liberalismo político, quien consideraba respecto del -contrato social- que los individuos eran, antes de dicho pacto, titulares de derechos naturales.

filosóficas. Por su parte, los antecedentes normativos se ubican en las declaraciones del siglo XVIII, a partir de estos grandes documentos, los derechos fundamentales ya son concebidos desde un plano jurídico o normativo, y no sólo religioso o filosófico.<sup>14</sup>

Con los documentos del siglo XVIII se da también el nacimiento del Estado Constitucional. Es precisamente la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1798,<sup>15</sup> la que lo inaugura. Su artículo 16 determinó para siempre el contenido mínimo de toda constitución, pues dispuso que “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene constitución”.

El nuevo Estado, el Constitucional, fue una respuesta a los excesos que se cometían desde el Estado Absolutista. En el nuevo Estado, su nota distintiva es que el ejercicio del poder se justifica en la garantía de los derechos, cuya primer forma de lograrlo es separando al poder,<sup>16</sup> como lo plasmó la declaración francesa. De ahí que a los derechos fundamentales en su concepción moderna, tan sólo es posible explicarlos a partir del Estado Constitucional.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Carbonell Sánchez, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2005, p 30.

<sup>15</sup> “En Francia no se tenía que producir la independencia de ninguna potencia, sino establecer un sistema en el que no reinaran más los privilegios de nacimiento y en el que no hubiera una monarquía absolutista, se trataba de proclamar solemnemente, a través de un documento jurídico, la ruptura de la revolución con el Antiguo Régimen” en Carbonell Sánchez, Miguel, *Los derechos fundamentales en el paradigma neoconstitucional*, México, Universidad Olmeca, 2010, p.30

<sup>16</sup> Se suele llamar “Constitucionalismo” a la teoría y práctica de los límites del poder; el constitucionalismo encuentra su completa expresión en las constituciones que establecen límites no solamente formales si no también materiales al poder político, bien representados por la barrera que los derechos una vez reconocidos y protegidos jurídicamente elevan contra el intento y presunción del detentador del poder soberano de someter a reglamentación cualquier acción que los individuos o los grupos intenten emprender. En Bobbio, Norberto, *Estado Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*. México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 139.

<sup>17</sup> Carbonell Sánchez, Miguel, “Una historia de los...”, *cit.*, nota 14 , p.38.

Los derechos fundamentales individuales son los límites principales del poder político, inviolables por el mismo [y para que se respeten estos límites] sólo nos queda dividirlo, creando órganos de poder diferentes, con la finalidad de que –el poder frente al poder-<sup>18</sup>

Desde entonces queda claro que la legitimidad del Estado descansa en la “conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”,<sup>19</sup> en México, la Constitución de Apatzingan recogió esta idea en su artículo 24, en los siguientes términos:

La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos, consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas<sup>20</sup>

Los derechos fundamentales, en suma, no son el producto aislado de la imaginación de eminentes pensadores, sino más bien son el resultado de determinados hechos sociales que han determinado su configuración actual, desde su ideación en el ámbito filosófico hasta su reconocimiento en textos fundamentales, proceso al que se le conoce como la *historicidad* de los derechos.<sup>21</sup> Estos procesos se caracterizan por ser una lucha constante en favor de la dignidad humana y la reivindicación del hecho de que el ser humano es un fin en sí mismo, y no un medio para cumplir otros objetivos.

Sin embargo, la lucha de los derechos humanos es insuficiente cuando su previsión no se encuentra acompañada de mecanismos que los garanticen, que los hagan efectivos. Así, el constitucionalismo contemporáneo se caracteriza tanto por el reconocimiento del valor de los derechos fundamentales como del establecimiento de medios que los aseguren frente a posibles violaciones.

---

<sup>18</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *La Democracia Constitucional, una radiografía teórica*, México, FCE-IIJ UNAM, 2011, p. 18.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> Visible en [http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/const-apat.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf)

<sup>21</sup> Véase Carbonell Sánchez, Miguel, “*Los derechos fundamentales...*”, *cit.*, nota 2, p.29.



### **I.3 Garantía de los derechos humanos**

La existencia de un derecho entendido como una prestación, sea positiva o negativa, exige consecuentemente su cumplimiento y realización. La sola incorporación de un derecho a cuerpos jurídico normativos (positivización), incluso a textos de carácter fundamental, no garantiza su realización.

Debido a la posibilidad de vulneración de un derecho y su consecuente no realización, resulta necesario el establecimiento de mecanismos que protejan su efectivo desarrollo, es decir, de garantías de los derechos humanos. Éstas son, para efectos de nuestro trabajo, aquellos instrumentos o mecanismos para asegurar la plena satisfacción de un derecho, ya sea evitando sus transgresión o una vez vulnerados, ordenando su restitución; la reparación y la sanción por los daños causados. La violación de un derecho puede atribuirse a la actuación de sujetos privados, pero también y con mucha frecuencia a sujetos públicos pertenecientes al propio Estado, quien paradójicamente es el principal encargado de su realización. De modo que la garantía de los derechos humanos se ha vuelto incluso la verdadera condición del constitucionalismo:

la verdadera condición esencial para la existencia de la constitución del constitucionalismo liberal es la garantía de los derechos -primero naturales y después positivos de los individuos<sup>22</sup>

En el ámbito americano, la existencia de mecanismos de garantía, como una obligación de los Estados Americanos, está prevista en el artículo primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>23</sup>

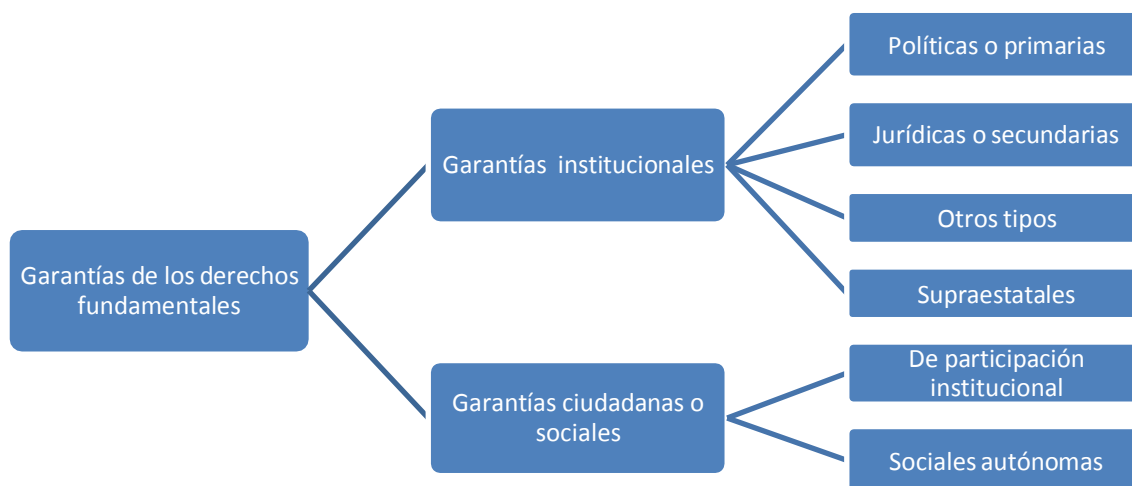
---

<sup>22</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, nota 18, p.80.

<sup>23</sup> Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Para Luigi Ferrajoli, las garantías son de dos tipos: primarias y secundarias; las primeras son las obligaciones o prohibiciones correlativas a las prestaciones, mientras que las segundas se refieren a las obligaciones de reparar o sancionar jurídicamente la lesión de los derechos, debido a la transgresión de las garantías primarias.<sup>24</sup>

Para explicar los tipos de garantías de los derechos, resulta muy útil la explicación que han realizado Marco Aparicio Wilhelmi y Gerardo Pissarello, a quienes seguiré en la explicación; de su texto es posible realizar la siguiente clasificación:



Fuente: elaboración propia

La primera clasificación distingue entre garantías *institucionales* y garantías *ciudadanas* o *sociales*. La diferencia radica en las características de quién ejerce dichas medidas de protección, específicamente, si esa persona o institución cuenta con poder público: las primeras son encomendadas a órganos institucionales dotadas de facultades públicas, como los jueces; las segundas se encuentran fuera de los límites del gobierno y éstas se vinculan

<sup>24</sup> García, Aniza, *Protección Nacional de los Derechos Humanos*, [http://www.dhmigrantes.cide.edu/documentos/2\\_lectura\\_mecanismos.pdf](http://www.dhmigrantes.cide.edu/documentos/2_lectura_mecanismos.pdf).

directamente con los titulares de los derechos garantizados, como el derecho de huelga, a cargo directamente de los miembros de una comunidad.

A su vez, las garantías institucionales se dividen en *políticas (o primarias)* y *jurídicas (o secundarias)*. Las garantías *políticas o primarias* se refieren a normas o actos que, dentro de la división clásica de poderes, debe realizar el poder legislativo y el ejecutivo. Son llamadas también garantías primarias debido a que con ellas, se da el primer paso para su protección, esto es, la incorporación de los derechos en un texto constitucional y su consecuente desarrollo de legislación secundaria; asimismo, se refieren a la implementación de un aparato administrativo que permita concretar el desarrollo del derecho tutelado.

Las garantías *jurídicas o secundarias* derivan de los actos que un órgano investido de jurisdicción puede realizar para la tutela de los derechos fundamentales, como lo es resolver sobre la constitucionalidad de un acto emitido por una autoridad pública, significa la posibilidad de acudir a una instancia jurisdiccional a reclamar el cumplimiento efectivo de un derecho.

Es posible advertir que las garantías *primarias* y secundarias se ejercen en momentos distintos, la acción de las garantías institucionales de tipo *jurídico* tiene lugar cuando las garantías *políticas o primarias* han fallado.

Si bien las garantías jurisdiccionales y las semi jurisdiccionales (o secundarias) son fundamentales para la garantía de los derechos y a las que más estamos acostumbrados desde el ámbito de la profesión jurídica, no son las únicas.<sup>25</sup> En contraposición de las garantías *secundarias*, a decir de los autores en cita, las garantías *primarias*:

---

<sup>25</sup> "Es importante resaltar que las vías de tipo jurisdiccional no son las únicas para defender los derechos fundamentales. En las democracias pluralistas del presente son varios los caminos que recoge el ordenamiento para hacer valer los derechos: unos jurisdiccionales, otros de carácter político-deliberativo y otros, en fin, simplemente sociales en sentido amplio", en Carbonell, Sánchez, Miguel, "*Los derechos fundamentales...*", *cit.* nota 2, p.84.

Constituyen las garantías por excelencia de los derechos fundamentales. Por su alcance potencialmente general –constituciones, leyes y reglamentos dirigidos a todos los ciudadanos o a un conjunto amplio de sujetos-, y también por los instrumentos organizativos y de ejecución a su disposición, las sedes legislativas y administrativas son las más idóneas para crear las infraestructuras necesarias y remover los obstáculos que impiden la generalización de los derechos<sup>26</sup>

Existen además *otro tipo de garantías institucionales* en algunos ordenamientos, que son aquellas conferidas a órganos que si bien no pueden recurrir a la fuerza pública para hacer valer sus decisiones, sí realizan funciones de tutela, como lo son las defensorías del pueblo. La eficacia de estas garantías depende del prestigio de las propias entidades.

Por otra parte, existen también las garantías *supraestatales de derechos*, que se refieren a mecanismos de tutela que exceden la soberanía interna del Estado. En estas garantías existen a su vez garantías primarias y secundarias. Las primeras están referidas a la existencia de normas internacionales de derechos fundamentales y las secundarias o semi-jurisdiccionales al establecimiento de procedimientos para resolver sobre el cumplimiento de un Estado a obligaciones en materia de derechos humanos, como los establecidos a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otro lado, las garantías *ciudadanas o sociales de los derechos* tienen su actuación más allá del espacio gubernamental estatal. Este tipo de garantías reconoce dos modalidades, *las sociales de participación institucional*, que se, que son mecanismos de incidencia directa o indirecta en la construcción de garantías institucionales, como el derecho al sufragio. Por lo que hace a las garantías *sociales autónomas*, éstas se desarrollan fuera del cauce de los

---

<sup>26</sup> Aparicio Wilhelmi, Marco y Pissarello, Gerardo, Los Derechos humanos y sus garantías: nociones básicas, en *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, España, Huygens editorial, 2008, p. 153.

organismos gubernamentales, dentro de las que destacan el derecho de huelga o la resistencia civil.<sup>27</sup>

Los *derechos sin garantías* son imlemente “buenas intenciones”, pues al no ser verdaderamente exigibles, quedan sujetos a la voluntad tanto de los órganos públicos como a la consideración de las relaciones que rigen la vida privada. Por eso hay autores que, como Ricardo Guastini, hacen depender la calidad de un “verdadero derecho” a la condición de estar garantizados<sup>28</sup> Así, las garantías de los derechos fundamentales son los instrumentos que permiten hacerlos valer y como se advirtió, existe un gran catálogo de instituciones que persiguen ese fin.

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 140 -160.

<sup>28</sup> Guastini, Ricardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, UNAM-Fontamara, 2001, pp. 220 y 221.



## CAPÍTULO II

### Teoría del “control *interno o difuso* de convencionalidad”

#### II.1 Control de la constitucionalidad y control de la convencionalidad

Cuando se habla en términos generales de control de constitucionalidad y control de convencionalidad, se hace referencia a dos medios de garantía para la preservación del estado que deben tener las cosas conforme a un parámetro, en el caso, una constitución o una convención, se trata de la adecuación de ciertos actos a lo dispuesto en aquellas normas. Si bien son figuras que comparten rasgos en común, los antecedentes de una y otra recuerdan que se trata de instituciones de muy diversa naturaleza.

El control judicial de la constitucionalidad se trata de un mecanismo jurídico para mantener la supremacía constitucional. Es posible identificar dos modelos institucionales primarios.<sup>1</sup> Los antecedentes terminados del modelo americano se remiten a Estados Unidos de Norte América, en la sentencia del caso *Marbury Vs Madison*, en 1803; asunto que trató sobre un recurso interpuesto por Marbury, en el cual solicitaba que, ante la negativa del Secretario de Estado Madison de reconocerle el nombramiento de Juez que le hizo el Presidente Jefferson, se le ordenara mediante un *writ of mandamus*, la expedición de su nombramiento por escrito y sellado, pues una ley posterior había invalidado su designación. La trascendencia de esta resolución es que

---

<sup>1</sup> Highthon, Elena, “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en Bogdandy, Armin Von, Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM, tomo I, p. 108.

estableció el mecanismo de garantía de la Supremacía Constitucional a cargo de los jueces:<sup>2</sup>

Para Marshall, la facultad de los jueces para aplicar el control de constitucionalidad tenía un fundamento lógico: la supremacía de la constitución implica, necesariamente, que los jueces no aplicarán normas inconstitucionales<sup>3</sup>

A partir de entonces se fue consolidando en Estados Unidos la facultad de *todos* los jueces para inaplicar leyes contrarias a la Constitución, de ahí que a este modelo se le llame control *difuso* de la constitucionalidad.

Por otro lado, el modelo Europeo tuvo su origen en Austria con Hans Kelsen, quien bajo la misma idea de garantizar a la constitución pero con un modelo diverso al americano, ideó a un órgano especializado, una instancia central suprema que debía ser la encargada de tal labor, concentrando en una jurisdicción o tribunal constitucional la función de revisar la regularidad normativa de los actos con la constitución, de ahí que el modelo austriaco se llame control *concentrado* de la constitucionalidad.

Por su parte, la labor de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos —a cuyas funciones es posible denominarlas “control de la convencionalidad”— tienen sus orígenes en la creación y codificación del derecho internacional, especialmente el de los derechos humanos, que nació como una respuesta a las atrocidades cometidas en torno a la Segunda Guerra Mundial y al fascismo en Europa.<sup>4</sup> La creación del derecho internacional de derechos humanos se trató de un consenso entre los Estados soberanos para “crear condiciones bajo las cuales pudieran mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de derecho

---

<sup>2</sup> Mendoza López, Baldomero, *El control de la Constitucionalidad de la omisión legislativa*, México, EDICSA, 2010, p. 31.

<sup>3</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *La Democracia Constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE-IIJ UNAM, 2011, p.161.

<sup>4</sup> Torrijo Fuentes, Ximena, “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, *Revista de Economía y Derecho*, Perú, vol. 15, N°4, 2007, pp. 28 y 29, [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish_.pdf).



internacional”;<sup>5</sup> en el ámbito americano, esta codificación se concretó con la Carta de la Organización de los Estados Americanos y con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.<sup>6</sup> Posteriormente, en la Conferencia Internacional Americana celebrada en 1948, en Bogotá, se encomendó la elaboración de un proyecto de Estatuto para una Corte Interamericana que protegiera los derechos del hombre, bajo la siguiente justificación:

Considerando que los derechos del hombre internacionalmente reconocidos, deben tener protección adecuada; que esa protección debe ser garantizada por un órgano jurídico, como quiera que no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente, (y) que, tratándose de derechos internacionalmente reconocidos, la protección jurídica para ser eficaz debe emanar de un órgano internacional<sup>7</sup>

Al año siguiente, el órgano encargado, el Comité Jurídico Interamericano, consideró que hacía falta un derecho sustantivo sobre derechos humanos que fijara el ámbito competencial de la Corte propuesta, lo que no se materializó sino hasta 1969, en San José Costa Rica, lugar y fecha en que se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), una década después la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) quedó establecida e inició sus funciones. La referida Corte tiene entre otras competencias,<sup>8</sup> una contenciosa, con la que conoce de cualquier caso relativo a

---

<sup>5</sup> Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945.

<sup>6</sup> “(...) que si bien nada regulan específicamente sobre la jurisdicción tutelar de la Corte Interamericana, suponen y contribuyen su establecimiento”, en García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p.58, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/324/7.pdf>

<sup>7</sup> García Ramírez, Sergio, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p.24, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/7.pdf>.

<sup>8</sup> La Corte puede emitir opiniones consultivas mediante las cuales atiende consultas de los Estados miembros de la OEA y de organismos de ésta, mediante las cuales interpreta normas relativas a derechos fundamentales; también ejerce funciones de naturaleza preventiva, a través de medidas provisionales cuando existan situaciones de extrema gravedad y sea necesario

la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto de San José,<sup>9</sup> y que ejerce mediante la tramitación de un procedimiento en forma de juicio que puede concluir con la responsabilidad internacional de un Estado por la violación a derechos humanos; de este modo, el origen del control de convencionalidad “(...) se remonta al momento en que entró en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”<sup>10</sup>

Expuesto lo anterior, destaca que el control de constitucionalidad tiene por objetivo preservar la supremacía de la constitución. Sin embargo, en el caso del modelo ideado e implementado por Hans Kelsen “la constitución debía ser objeto de protección porque representaba la estabilidad del Estado pero no porque tuviera un contenido normativo particular. De hecho, en principio, la propuesta kelseniana no estaba dirigida a la protección de los derechos fundamentales: la constitución podía perfectamente no contemplar estos derechos y seguir siendo la norma suprema del ordenamiento.”<sup>11</sup>

Para Hans Kelsen, constitución en sentido propio, originario y *estricto*, es una norma que regula la creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, de determinación de los órganos y del procedimiento de la legislación;<sup>12</sup> sin que como se advirtió, contemple necesariamente un catálogo de derechos fundamentales. El referido catálogo puede sí estar incluido, lo que transformaría a la Constitución en una en sentido *amplio*. Esta distinción tiene

---

proteger derechos fundamentales y funciones ejecutivas, con respecto a la supervisión del cumplimiento de sus determinaciones, *Cfr.* García Ramírez, Sergio y Del Toro Huerta, Mauricio, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, México, UNAM-PORRÚA, 2011, pp. 16, 19, 23, y 24.

<sup>9</sup> Competencia prevista en el artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>10</sup> Castilla, Karlos, “El Control de la convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Vol. XI, 2011, p. 596, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/11/pim/pim20.pdf>.

<sup>11</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, nota 3, p.165.

<sup>12</sup> Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, tr. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p.21.

cabida en este trabajo, pues para aquel autor, el control jurisdiccional de la constitucionalidad únicamente se da cuando se habla de constitución en sentido *estricto*, es decir, excluyendo contenidos materiales como los derechos fundamentales.<sup>13</sup>

Más allá de la falta de vigencia de una concepción estricta de la Constitución, como la de Kelsen, hoy día es indudable la proliferación de textos constitucionales dotados de contenidos fuertemente materiales, en los que precisamente los derechos fundamentales y su protección se encuentran en el vértice de la jerarquía normativa y legitimación del Estado,<sup>14</sup> es en esta concepción en donde el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad confluyen en un mismo objetivo.

No obstante, el anterior punto de encuentro sirve a la vez para mostrar una de las principales diferencias entre ambas instituciones, pues si bien es cierto que el control de la constitucionalidad protege la realización de los derechos fundamentales, éste se encarga también de la plena regularidad de otro tipo de decisiones políticas,<sup>15</sup> que se refieren principalmente a la organización de un Estado y la distribución de competencias de los Poderes,

---

<sup>13</sup> “(...) Es evidente que aquí, por el hecho de que la noción de Constitución ha sido llevada más allá de su dominio originario, y por así decir, natural (...) la jurisdicción constitucional no se presenta (...)” *Ibidem*, p.27.

<sup>14</sup> Fenómeno que es posible explicarlo a través del Neoconstitucionalismo, del cual son notas distintivas que: 1) Explica a constituciones que están dotadas de contenidos materiales o sustanciales que serán las directrices y límites al poder del Estado y 2) El razonamiento judicial que determina las prácticas jurisprudenciales cambia de método, de una simple aplicación de la norma bajo el esquema de la subsunción, se emplean ahora técnicas interpretativas que necesariamente requieren el dotar de contenidos a los principios contenidos en las constituciones, lo que se realizará mediante la ponderación, el principio pro homine, el balanceamiento, etcétera. *Cfr.* Carbonell Sánchez, Miguel, “¿Qué es el neoconstitucionalismo?”, *El mundo del abogado*, México, Octubre de 2012, <http://elmundodelabogado.com/que-es-el-neoconstitucionalismo/>.

<sup>15</sup> En México puede ser, por ejemplo, el respeto a las normas que prevén la competencia exclusiva de cada una de las Cámaras del Congreso de la Unión, o la facultad que se otorga al mismo Congreso y a las legislaturas de los Estados para legislar en materia de responsabilidades de los servidores públicos, conforme a los artículos 74, 76 y 109, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

decisiones que se encuentran fuera de la competencia del control de convencionalidad.

Así, mientras que el control de la constitucionalidad, a fin de mantener la unidad del Estado resuelve diversos conflictos de orden constitucional, dentro de los cuales un rubro lo es los derechos humanos, el control de la convencionalidad al que me refiero tiene por objeto ser un instrumento externo o supranacional para garantizar la dignidad de la persona mediante el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, su origen se trató de un consenso estatal de las naciones para evitar que al interior de los estados “el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.<sup>16</sup>

Mientras que el control judicial de la constitucionalidad tiene como referente a la Constitución interna, el control de convencionalidad tiene como parámetro a distintos textos en el orden supranacional, en el ámbito americano a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el primero está a cargo de órganos nacionales jurídicos, el segundo a cargo de tribunales supranacionales; mientras que el primero concluye —para ser un medio de garantía efectivo— en la anulación del acto contrario a la constitución, el segundo no cuenta con esa posibilidad, tan sólo determina la responsabilidad internacional del Estado por un hecho ilícito (acción u omisión atribuible a un Estado bajo el derecho internacional por el incumplimiento a una obligación internacional);<sup>17</sup> el primero se realiza mediante diversos procedimientos o recursos establecidos al interior del Estado y el segundo tiene existencia únicamente en el ámbito internacional tan sólo bajo un esquema de subsidiariedad.

---

<sup>16</sup> Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<sup>17</sup> *Cfr.* Steiner, Christian, Uribe, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014, p. 14.

El control judicial de la constitucionalidad se trata de un garantía efectiva de la regularidad normativa de un Estado, en tanto que el propio tribunal declara irregular e inaplica la norma revisada en el mismo acto; por su parte, las funciones de los tribunales internacionales, en específico las de la Corte Americana, no son un medio represivo de control, al no destruir directamente el acto irregular, sino más bien, se trata de mecanismos internacionales para proteger a los derechos fundamentales, pero aun cuando declaren un acto contrario a la Convención Americana seguirá existiendo hasta en tanto el Estado no decida lo contrario.

En consecuencia, si bien es posible encontrar puntos en común entre el control de la constitucionalidad y el control de la convencionalidad, se trata de instituciones de diversa naturaleza.

## **II.2 Control concentrado y control difuso de la convencionalidad**

Al hablar de control de la convencionalidad se hace referencia a una actividad de interpretación y aplicación de derechos humanos de fuente internacional. Mediante un examen de compatibilidad, se busca resolver si existe congruencia entre los parámetros convencionales (al estar previstos en una convención o un tratado internacional) y los actos de los Estados que los han suscrito.

Debido a naturaleza internacional de las convenciones o tratados internacionales, corresponde a organismos de tipo supranacional realizar la exégesis de dichos instrumentos; no obstante, es oportuno precisar que la protección internacional se ejerce con un carácter coadyuvante y complementario de la justicia nacional, en otras palabras, la justicia que compete a los Tribunales Internacionales y específicamente al Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos es caracterizada no como una

instancia adicional a la prevista en los sistemas jurídicos nacionales, sino una a la que se accede tan sólo cuando el estado ha fallado internamente, mediante un esquema de *subsidiariedad*.

El principio de subsidiariedad en el marco del DIDH [derecho internacional de los derechos humanos] supone que, no obstante la existencia de normas y procedimientos internacionales para la protección de los derechos humanos o precisamente en virtud de ellos, es a los Estados a lo que corresponde en primera instancia respetar y hacer respetar tales derechos en el ámbito de su jurisdicción y sólo cuando éstos no han brindado una protección adecuada o efectiva es que la jurisdicción internacional (ahí donde exista) puede y debe ejercer su competencia.<sup>18</sup>

De modo que los realmente obligados a cumplir con los tratados internacionales son los propios Estados, a través de los mecanismos que soberanamente instituyan para tal efecto, pues no se ha establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos la forma en que los Estados deben incorporar el derecho internacional a sus órdenes internos.

Así, para efectos de una debida comprensión de la figura que trata el presente trabajo, es de precisarse que el control de convencionalidad “constituye la competencia asignada a un tribunal internacional o supranacional para que éste determine cuándo los Estados parte, a través de sus actos, vulneran el derecho convencional y generan a través de ellos responsabilidad internacional”.<sup>19</sup>

En el ámbito interamericano, el intérprete natural de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>20</sup> es la Corte Interamericana de Derechos

---

<sup>18</sup> Toro Huerta, Mauricio Iván, “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema americano”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 24.

<sup>19</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLV, num.135, septiembre-diciembre de 2012, p. 1171.

<sup>20</sup> O también llamada Pacto de San José, al haberse suscrito en San José, Costa Rica, en 1969.

Humanos.<sup>21</sup> Como afirma Karlos Castilla Juárez,<sup>22</sup> esta facultad consistente en verificar la adecuación de un acto nacional con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su interpretación, es una función propia de la citada Corte que se remonta al momento en que ésta entró en vigor.<sup>23</sup> En otras palabras, la Corte Interamericana está creada para ejercer, desde siempre, control de convencionalidad. Así lo prevé el artículo 62.3 del Pacto de San José:

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

De tal modo que esta función de garantía convencional, léase control originario o propio de convencionalidad, no es un tema novedoso, pues desde siempre, aquella Corte “(...) hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que desde ese momento se utiliza tal fraseología”.<sup>24</sup>

No obstante, existe por otro lado el requerimiento de una nueva operación jurídica a las autoridades de los Estados para confrontar la regularidad de sus actos internos con las normas de derecho internacional.

---

<sup>21</sup> Para Héctor Fix Zamudio “(...) con toda razón podemos calificarla como Corte Latinoamericana de Derechos Humanos” en virtud de que Estados Unidos de Norte América y Canadá no han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por ende, tampoco la competencia contenciosa de su Corte. *Cfr.* Fix Zamudio, Héctor, “La creciente internalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en Saiz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012, p. 251.

<sup>22</sup> Castilla Juárez, Karlos, “El Control de la convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2011, Vol. XI, pp. 593-664.

<sup>23</sup> La Convención Americana entró en vigor el 18 de julio de 1978.

<sup>24</sup> Hitters, Juan Carlos, “Legitimación Democrática del Poder Judicial y Control de Convencionalidad”, en Saiz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *op. cit.*, nota 21, p. 73.

Esta nueva idea se ha acogido entre diversos doctrinarios como “control interno o difuso de convencionalidad”.

Al respecto, el control de la convencionalidad a que se llama a las autoridades nacionales, no fue introducido con el adjetivo *concentrado* ni *difuso*, así lo muestra el primer pronunciamiento de la Corte IDH, promotora de esta teoría:

(...)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.<sup>25</sup>

El uso de la distinción apuntada proviene de un símil que se sustrajo del control judicial de la constitucionalidad, en el cual es posible advertir dos modelos para verificar la regularidad normativa de los actos de un Estado con su constitución: el difuso y el concentrado. Así lo confirma Sergio García Ramírez, quien expone que es en el ámbito del derecho procesal constitucional donde tuvo desarrollo inicial el llamado control difuso de la convencionalidad:

Estas formas de control, diseñadas para conducir la relación entre normas domésticas de diversa jerarquía, pueden trasladarse al ámbito de la relación entre norma internacional y norma interna. La existencia de una Corte Interamericana designada como intérprete de la Convención Americana (...) implica una expresión de control concentrado. Empero, ésta no es absoluta, porque la propia Corte ha reconocido a los tribunales nacionales (...) la posibilidad de aplicar las normas internacionales (...)<sup>26</sup>

Así, para explicar esta nueva teoría se utiliza una analogía con el control de la constitucionalidad, pues se pensó que si la verificación de la

---

<sup>25</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 124

<sup>26</sup> García Ramírez, Sergio, “Control Judicial de la Convencionalidad”, *Monografías*, México, Instituto de Capacitación del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, número cincuenta, tomo I, 2012, p. 50.



constitucionalidad puede ser asignada ya sea a tribunales constitucionales, configurándose un *modelo concentrado*, o a jueces ordinarios, en cuyo caso se trata de un *modelo difuso*, lo mismo ocurría con el control de la convencionalidad. Lo anterior, aun cuando la Corte Interamericana no haya empleado alguno de los adjetivos referidos, e incluso haya puesto en duda si se trata de un control puro de convencionalidad, de una “especie” de aquel, de un control de constitucionalidad o de otra cosa.

Precisado lo anterior, tan sólo para efectos didácticos distinguiré entre el control de convencionalidad que se encuentra originariamente *concentrado* en la Corte Interamericana y el que ahora se ha propuesto deben ejercer los jueces nacionales, denominado “control *difuso o interno* de convencionalidad,” pues debido a que la asimilación de estos adjetivos fue copiada de una figura de naturaleza diversa, quizá la distinción sólo sea útil para los efectos planteados. Se llama *difuso* porque se trata de una facultad que se atribuye a muchos sujetos habilitados, en contraposición al *concentrado*, que realiza tan sólo aquella Corte de tipo internacional; o también *interno*, porque se ejerce dentro del orden estatal, en contraposición al supranacional o internacional (o externo) que realiza aquella Corte Interamericana.

Por tanto, lo que parece ser novedad,<sup>27</sup> al menos en América, es lo que ha sido entendido como una nueva imposición para implementar un sistema de control interno de convencionalidad, una competencia que viene a ser entendida y que se estudia a partir de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la

---

<sup>27</sup> Desde el 2006, fecha de la primera sentencia en que el Pleno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó el tema.

jurisprudencia de la Corte IDH como un -deber- hacía todos los jueces nacionales”.<sup>28</sup> El estudio de esta figura ocupa el presente capítulo.

### II.3 Orígenes

El origen de esta nueva doctrina es comúnmente ubicada en los pronunciamientos de la Corte Interamericana, quien introdujo la idea de “control de convencionalidad”. Fue posible encontrar a los primeros precedentes en los votos concurrentes formulados por el entonces Juez de aquella Corte, Sergio García Ramírez; de los que destacan los emitidos en los casos Myrna Mack Chang contra Guatemala (25 de noviembre de 2003, párrafos 26 a 30), Tibi contra Ecuador (7 de septiembre de 2004, párrafos 2 a 6) y Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú (24 de diciembre de 2006, párrafos 1 a 13). De los razonamientos contenidos en dichos votos, en las partes que interesan a este trabajo, se advierte en el primero que:

Para 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 (...)<sup>29</sup>

En el segundo:

---

<sup>28</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Saiz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *op cit.*, nota 21, p. 126.

<sup>29</sup> Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, Núm. 101, párr.27 del voto del Dr. Sergio García Ramírez.

(...) si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos<sup>30</sup>

Y en el último, el citado jurista señala que:

(...) de lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos (...)” resaltando que dada la real función de la Corte Internacional “(...) la única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el “criterio de interpretación y aplicación”, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico

(...) los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio “control de convencionalidad.”<sup>31</sup>

Además de los criterios antes referidos, también se advierten otros del citado jurista en los casos: Vargas Areco contra Paraguay,<sup>32</sup> Valle Jaramillo contra Colombia<sup>33</sup> y La Cantuta contra Perú.<sup>34</sup>

Como referí, los primeros pronunciamientos sobre este tema fueron emitidos individualmente por Sergio García Ramírez; sin embargo, el pleno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sienta su precedente de manera colegiada al resolver el caso “Almonacid Arellano y otros Vs el Gobierno de

---

<sup>30</sup> Corte IDH, Caso Tibi Vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C, Núm. 114, párr. 3 del voto del Dr. Sergio García Ramírez.

<sup>31</sup> Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, párrs. 2 y 11 del voto del Dr. Sergio García Ramírez.

<sup>32</sup> Corte IDH, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 155, párrs. 1 a 7.

<sup>33</sup> Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C, núm. 192, párr. 3.

<sup>34</sup> Corte IDH, Caso la Canuta vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162, párrs. 1 a 8.

Chile”,<sup>35</sup> que trató sobre el homicidio de Luis Alfredo Almonacid Arellano en 1978 y que una vez tramitado se sobreseyó en la causa debido al Decreto ley N°2.191 (ley amnistía del Estado de Chile que dejaba en la impunidad a los delitos cometidos en el periodo de la dictadura militar de Augusto Pinochet). La Corte IDH resolvió que dicha normatividad no podía seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del caso ni para la identificación y castigo de los responsables y que, dada la naturaleza de la referida ley ésta carecía de efectos jurídicos. Así, en la parte que interesa a este trabajo (párrafos 123, 124 y 125), destacó el deber de inaplicar cualquier acto contrario a la Convención Americana mediante control de convencionalidad y que por su importancia es preciso transcribir:

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

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

---

<sup>35</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párrs. 123 a 125.

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.

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “(s)egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”<sup>150</sup>. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Esta sentencia, que se considera el origen formal de la teoría del control interno de la convencionalidad, sanciona una violación a derechos humanos cometida por el Estado Chileno en dos modalidades. La violación fue impedir a los familiares del señor Almonacid Arellano que ejercieran su derecho a ser oídos por un tribunal competente a través de un recurso efectivo y adecuado que reparara las violaciones cometidas en su perjuicio, es decir, la impunidad que originó el Estado. La primera modalidad de violación en que incurrió fue tener una ley de amnistía contraria a derechos humanos y la segunda, haberla aplicado.

Además de los pronunciamientos transcritos, el órgano colegiado de mérito se ha manifestado sobre el tema en los casos contenciosos siguientes:<sup>36</sup>

- La Canuta contra Perú (29 de noviembre de 2006, párrafo 173)
- Boyce y otros contra Barbados<sup>37</sup> (20 de noviembre de 2007, párrafo 78)
- Heliodoro Portugal contra Panamá<sup>38</sup> (12 de agosto de 2008, párrafo 180)
- Radilla Pacheco contra México<sup>39</sup> (23 de noviembre de 2009, párrafo 339)

---

<sup>36</sup> Pronunciamientos consultados hasta el 15 de mayo de 2015.

<sup>37</sup> Corte IDH, caso Boyce y otros vs Barbados, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párrs. 77 y 78.

<sup>38</sup> Corte IDH, caso Heliodoro Portugal vs Panamá, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párrs. 179 y 180.

- Fernández Ortega contra México<sup>40</sup> (30 de agosto de 2010, párrafos 236 y 237)
- Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra Paraguay<sup>41</sup> (24 de agosto de 2010, párrafo 311)
- Rosendo Cantú contra México<sup>42</sup> (31 de agosto de 2010, párrafos 219 y 220)
- Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia<sup>43</sup> (1 de septiembre de 2010, párrafo 202)
- Vélez Loor contra Panamá<sup>44</sup> (23 de noviembre de 2010, párrafo 287)
- Gómez Lund y otros vs Brasil<sup>45</sup> (24 de noviembre de 2010, párrafo 176)
- Cabrera García y Montiel Flores contra México<sup>46</sup> (26 de noviembre de 2010, párrafos 225 a 233)
- Gelman contra Uruguay<sup>47</sup> (24 de febrero de 2011, párrafos 193 y 239)
- Chocron contra Venezuela<sup>48</sup> (1 de julio de 2011, párrafos 164 a 172)
- López Mendoza contra Venezuela<sup>49</sup> (1 de septiembre de 2011, párrafos 182, 226 a 228)

---

<sup>39</sup> Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párrs. 339 y 340.

<sup>40</sup> Corte IDH. Caso Fernández Ortega y Otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párrs. 236 y 237.

<sup>41</sup> Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok kásek vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214, párr. 311.

<sup>42</sup> Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párrs. 219 y 220.

<sup>43</sup> Corte IDH, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de septiembre de 2010, serie C, núm. 217, párr. 202.

<sup>44</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 218, párr. 287.

<sup>45</sup> Corte IDH, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilla do Araguaia) vs. Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párr. 176.

<sup>46</sup> Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párrs. 225 a 233.

<sup>47</sup> Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párrs. 193 y 239.

<sup>48</sup> Corte IDH, Caso Chocrón vs. Venezuela, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de julio de 2011, serie C, núm. 227, párrs. 164 a 172.

- Fontevecchia y D' Amico contra Argentina<sup>50</sup> ( 29 de noviembre de 2011, párrafo 93)
- Atala Riffo y niñas contra Chile<sup>51</sup> (24 de febrero de 2012, párrafos 282 y 283)
- Furlan y Familiares contra Argentina<sup>52</sup> (31 de agosto de 2012, párrafos 302 a 305)
- Masacres de Río Negro contra Guatemala<sup>53</sup> (4 de septiembre de 2012, párrafo 262)
- Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador<sup>54</sup> (25 de octubre de 2012, párrafo 318)
- Gudiel Álvarez y otros contra Guatemala<sup>55</sup> (20 de noviembre de 2012, párrafo 330)
- Masacre de Santo Domingo contra Colombia <sup>56</sup>(30 de noviembre de 2012, párrafos 142 a 144), y,
- Mendoza y otros contra Argentina (14 de mayo de 2013, párrafos 221, 323 y 332).<sup>57</sup>

---

49 Corte IDH, Caso López Mendoza vs. Venezuela, fondo reparaciones y costas, sentencia de 1 de septiembre de 2011, serie C, núm., 233, párrs. 182, 226 a 228.

50 Corte IDH, Caso Fontevecchia y D' Amico vs. Argentina, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2011, serie C, núm. 238, párr. 93.

51 Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239, párrs. 282 a 284.

52 Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246, párrs. 302 a 305.

53 Corte IDG, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, serie C, núm. 250, párr. 262.

54 Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de octubre de 2012, serie C, núm. 252, párr.318.

55 Corte IDH, Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala, fondo de reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2012, serie C, núm. 253, párr. 330.

56 Corte IDH, Caso Masacre de Santo Domingo vs Colombia, sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones de 30 de noviembre de 2012, serie C, núm. 259, párrs. 142 a 144.

57 Corte IDH, Caso Mendoza y otros vs. Argentina, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de mayo de 2013, serie C, núm. 261, párrs. 221, 323, 332.

- García Cruz y Sánchez Silvestre contra México (26 de noviembre de 2013, párrafos 59 y 91)<sup>58</sup>
- Caso J. contra Perú (27 de noviembre de 2013, párrafo 407)<sup>59</sup>
- Caso Liakat Ali Alibux contra Suriame (30 de enero de 2014, párrafos 124 y 151)<sup>60</sup>
- Caso Norín Catrimán y otros contra Chile (29 de mayo de 2014, párrafos 436, 461 y 464)<sup>61</sup>
- Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana (28 de agosto de 2014, párrafos 311 y 471)<sup>62</sup>
- Caso Rochac Hernández y otros contra El Salvador (14 de octubre de 2014, párrafos 213 y 243)<sup>63 64</sup>

Así, los orígenes de la teoría del control de la convencionalidad a cargo de autoridades nacionales, se atribuyen normalmente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como si ésta la hubiera diseñado a partir de sus sentencias. Si bien es cierto que los criterios de dicho tribunal introdujeron el tema al foro interamericano, no menos lo es que sus antecedentes son de origen europeo.<sup>65</sup>

---

58 Corte IDH, Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. Estados Unidos Mexicanos, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2013, serie C, núm. 273, párrs. 59 y 91.

59 Corte IDH, Caso J. Vs. Perú, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2013, serie C, núm. 275, párr. 407.

60 Corte IDH, Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriame, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de enero de 2014, serie C, núm. 276, párrs. 124 y 151.

61 Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de mayo de 2014, serie C, núm. 279, párrs. 436, 461 y 464.

62 Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de agosto de 2014, serie C, núm. 282, párrs. 311 y 471

63 Corte IDH, Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 14 de octubre de 2014, serie C, núm. 285, párrs. 213 y 243.

64 Todas las sentencias son visibles en el sitio web <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/casos-contenciosos>. Existen además otras sentencias en las que se toca el tema del control de convencionalidad pero solo como notas al pie de página o de manera aislada.

<sup>65</sup> “El lector se extrañará de no encontrar mencionados, en los pronunciamientos de la Corte Interamericana en Pleno, los antecedentes europeos en la materia. Esto conduciría a pensar que la Corte ha diseñado un producto jurídico enteramente nuevo, lo que no es del todo así”,



Por lo que hace a la expresión, hace 40 años, en 1975, el Consejo Constitucional Francés, en la Decisión 74-54 DC<sup>66</sup> ya distinguía claramente entre control de la constitucionalidad y control de la convencionalidad a cargo de autoridades nacionales. Desde entonces, con precisión se refería al segundo como:

7 (...) d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international;

7. (...) examinar la conformidad de una ley con las disposiciones de un tratado o un acuerdo internacional;

Traducción propia.

Por lo anterior, Néstor Pedro Sagüés afirma que fue en ese país donde se utilizó por primera vez la expresión “control de convencionalidad”.<sup>67</sup>

De igual manera, referente al significado de esta teoría, es de destacarse la importancia de la resolución al caso *Administration des finances italiennes c. Simmenthal* (1978), emitida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pues marcó el gran precedente para el estudio de la obligación que tienen los jueces nacionales de aplicar directamente derecho de origen supranacional.

En tal pronunciamiento, dicha corte atribuyó de modo difuso a los jueces nacionales la condición de jueces de derecho común del derecho comunitario, puntualizando que aquel control por el que cabe dar supremacía a este derecho sobre el local, no debe quedar en las manos exclusivas de las cortes constitucionales de los estados.<sup>68</sup>

La teoría de Simmenthal, dijo:

---

Sagüés, Néstor Pedro, “El control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano, y sus Anticipos en el Ámbito de los Derechos Económico-Sociales. Concordancias y Diferencias con el Sistema Europeo”, en Bogdandy, Armin Von, Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 2010, p. 383.

<sup>66</sup> Cfr. <http://legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?idTexte=CONSTEXT000017665674&dateTexte=>

<sup>67</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 65, p.402.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pp.399 a 402.

El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional<sup>69</sup>

Nótese enseguida la gran similitud de la teoría del control interno de la convencionalidad, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la teoría Simmental, abordada por aquel Tribunal Europeo desde 1978:

<b>Característica de la operación</b>	<b>Caso Simmental</b>	<b>Criterios de la Corte IDH sobre el control interno de la convencionalidad</b>
<b>¿Quién debe realizarla?</b>	El juez nacional	Los jueces del Estado (caso Almonacid Arellano)
<b>Cómo se debe ejercer</b>	El marco de su competencia	En el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (Desde el caso Heliodoro Portugal se ha mantenido esta característica)
<b>Finalidad de lo que debe hacer</b>	Garantizar plena eficacia de las disposiciones de derecho comunitario	Garantizar los contenidos en la CADH (caso J. contra Perú) / Velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su efecto y fin (Desde el caso Heliodoro Portugal ha predominado esta característica)
<b>Efecto de lo que debe hacer</b>	Si procede, inaplicar disposiciones contrarias de la legislación nacional	Abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Caso Almonacid Arellano)
<b>Modo de procedibilidad</b>	Por su propia iniciativa, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de las leyes contrarias al derecho comunitario	<i>Ex officio</i> . Aun cuando no se hayan suprimido leyes contrarias a la Convención Americana (Desde el caso Radilla Pacheco ha predominado esta característica)

Fuente: Elaboración propia

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 401.

De modo que resulta asombroso que en los textos que sobre el tema escriben, al referirse a los antecedentes del control interno de la convencionalidad, poco o nada se diga de estos importantes referentes europeos que permiten concluir, cuando menos, que el control interno de convencionalidad no es una invención exclusiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### **II.4 Operación jurídica a realizar**

La Corte Interamericana no ha dejado claro cuál es la naturaleza de la operación jurídica a realizar. Es así, pues no obstante que ha dicho de manera predominante que de lo que se trata es de ejercer un “control de convencionalidad”, se ha referido también a que se trata de “una ‘especie’ de “control de convencionalidad”. Consecuentemente no se sabe si la actividad que están llamados a realizar los jueces nacionales es *propiamente* control de convencionalidad como el que realiza aquella Corte, o bien una actividad que comparte rasgos comunes, pero que es distinta a ella.

Además de la discrepancia anterior, en las sentencias emitidas en los casos Trabajadores cesados del congreso contra Perú y Velez Loor contra Panamá, de manera asombrosa, la Corte Interamericana dijo que se debe ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, con lo que crece la duda de si se trata en verdad de un control de constitucionalidad o de convencionalidad. En cualquier caso, todas las expresiones que se han empleado implican un grado de complejidad fuerte al considerar que aparentemente se impone una nueva facultad desde la Corte IDH, es decir, desde el plano supranacional.

No obstante, es de tenerse presente que no existe la obligación de incorporar de alguna manera específica al derecho internacional de los derechos humanos, pues es una decisión que compete a los Estados, contrario a lo que parece sugerir esta teoría.

Con independencia de las distintas expresiones que se han empleado para referirse a esta actividad, lo cierto es que prevalece aquella la idea que la concibe como una equivalente a la que realiza la Corte Interamericana, tan es así que se llama control *difuso* de convencionalidad, en comparación con el *concentrado* de aquel tribunal supranacional.

En las sentencias de la Corte IDH en que se abordó el tema de estudio, la regularidad de las diversas expresiones que se emplearon para denominar a esta figura, es posible graficarla de la siguiente manera:



Ante la falta de precisión y claridad sobre la naturaleza de la actividad que tienen que realizar las autoridades nacionales, resulta necesario conocerla a través de sus principales características, que se pueden encontrar en los pronunciamientos que al respecto ha emitido la Corte Interamericana.

## **II.5 Objeto y Objetivo del “control difuso de convencionalidad”**

Cuando hablo de objeto, me refiero a la “materia o asunto de que se ocupa una ciencia o estudio”,<sup>70</sup> esto es, la materia que estudia el control interno o difuso de la convencionalidad. En el caso, conforme a los pronunciamientos de la Corte Interamericana, la materia lo son todos los actos internos de los Estados que contraríen a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

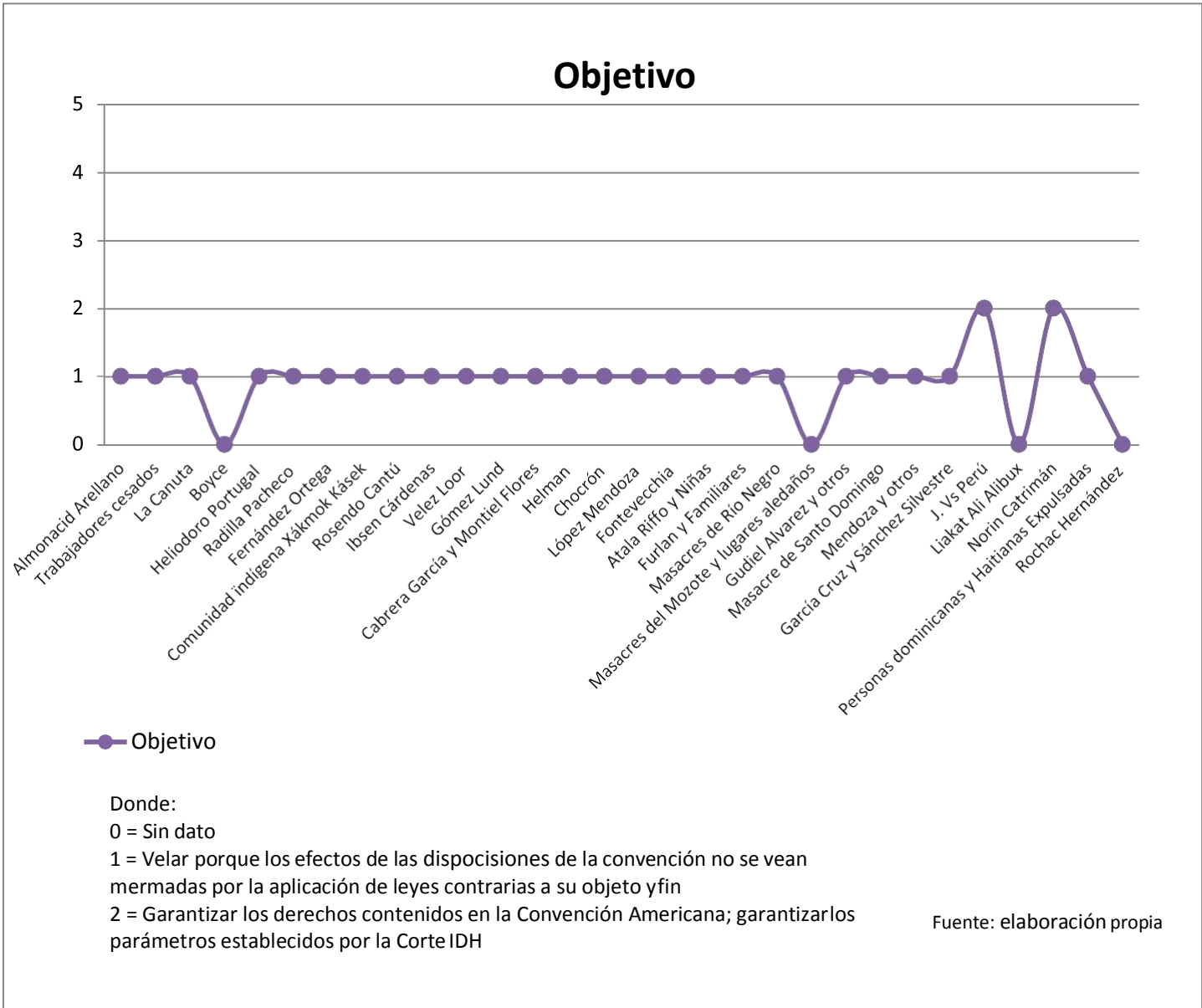
Por lo que hace al objetivo, se trata de establecer cuál es la finalidad que persigue el control interno o difuso de convencionalidad. Al respecto, la Corte Interamericana ha sido homogénea y congruente en sus pronunciamientos al reiterar que se debe ejercer “control de convencionalidad” para que “los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin”.

En sus más recientes criterios ha dicho que se trata de garantizar a los derechos contenidos en la Convención Americana, o a los parámetros establecidos por la Corte IDH.

De la revisión a los pronunciamientos que en casos contenciosos ha emitido la Corte Interamericana, fue posible corroborar la constancia en esta característica y la claridad que existe sobre el objetivo que persigue esta figura, conforme a la siguiente gráfica:

---

<sup>70</sup> Real Academia Española, *Cfr.*: <http://lema.rae.es/drae/?val=objeto>



Así, se pone en evidencia la que probablemente sea la característica sobre la que existe mayor claridad, y es que el control interno de convencionalidad busca darle un efecto útil a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en general a todos los tratados internacionales de derechos humanos.

## II.6 Parámetros para ejercer el “control difuso de convencionalidad”

El establecimiento de los parámetros para determinar la validez de una norma presupone necesariamente la determinación de dos elementos con jerarquías distintas: un material controlante y uno controlado, este último con una jerarquía inferior al primero, lo que permite explicar que cuando éste no sea conforme con aquel, sea invalidado. Así, se trata de conocer los parámetros para llevar a cabo el llamado control interno de convencionalidad. Es decir, el material *controlante* que servirá de “molde” para verificar si el material *controlado* se le ajusta.

En el ámbito americano, el establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos requirió la creación de un derecho sustantivo que regulara su actuar, lo que se materializó con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de ahí que de conformidad con su artículos 62.3 y 77, las labores que realiza aquel tribunal tienen como parámetro de regularidad normativa a la propia Convención, pero también a diversos tratados que le dan competencia.

Así, para la Corte IDH, es posible extender su función de control de la convencionalidad a diversos instrumentos sobre los cuales tiene competencia. El artículo 31 de la Convención prevé que el régimen de protección se amplía a los protocolos adicionales que progresivamente incorporen otros derechos y libertades. Un ejemplo de los instrumentos sobre los que el tribunal tiene competencia es el “Protocolo de San Salvador” sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>71</sup>

Ahora bien, por lo que hace al *material controlante*; es decir, el que se sujeta a control, la Corte IDH revisa los hechos de los Estados, expresión

---

<sup>71</sup> Los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" (...) Han convenido en el siguiente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Protocolo de San Salvador", *Cfr.* <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>.

amplísima que incluye por supuesto a las constituciones estatales, como sucedió en el caso “La última tentación de Cristo”, en el cual se determinó que el artículo 19, número 12, de la Constitución Chilena, transgredía derechos fundamentales, y que al mantenerlo estaba incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención. En consecuencia, resolvió que el Estado Chileno debía modificar su ordenamiento jurídico a fin de suprimir la censura previa.<sup>72</sup>

Por su parte, por lo que hace a la teoría del llamado control interno de la convencionalidad, en el mensaje que ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del *material controlante* con que deben actuar las autoridades nacionales, son tres las ideas que se pueden obtener de las sentencias que en casos contenciosos ha resuelto, a saber:

- 1) La Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 2) La Convención Americana sobre Derechos Humanos y su interpretación y,
- 3) Tratados internacionales y su interpretación.

Por lo que hace a la Convención Americana, de conformidad con su artículo primero “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”, de modo que es claro que quien la ha suscrito y especialmente quien ha reconocido la competencia contenciosa de su Corte, la tiene como norma referente en materia de derechos humanos. Aunque muy distinto es afirmar que la suscripción de aquel instrumento implica, desde el ámbito interno, dar primacía al derecho internacional sobre el interno.

---

<sup>72</sup> “Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste (...). En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica (...) la Corte Declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana (...)” Corte IDH, Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas. sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, N° 73, párrs. 72 y 73.



Sin embargo, ante la imposibilidad de establecer *a-priori* todos los posibles significados de cada artículo de la Convención y de los instrumentos adicionales, su contenido se determina a través de un ejercicio inductivo—de lo particular a lo general— esto es, la Corte IDH se pregunta en cada caso el alcance de tal o cual derecho, de modo que en el ámbito americano, se llama jurisprudencia a la interpretación que realiza la Corte Interamericana sobre la Convención Americana de Derechos Humanos, facultad prevista en el artículo 62.3 de dicho instrumento.<sup>73</sup> Néstor Pedro Sagüés explica que la interpretación en la que se amplía el texto de la Convención Americana se trata de una “interpretación mutativa por adición”, la cual no distingue y por tanto incluye a las realizadas en sentencias o en opiniones consultivas.<sup>74</sup>

De modo que para Sagüés “La Corte Interamericana de Derechos Humanos, merced a la doctrina del control de convencionalidad, ha afirmado como obligatoria una tesis, semejante, de algún modo, al *stare decisis*, o valor del precedente estadounidense de su Corte Suprema de Justicia (...)”.<sup>75</sup> Esto es, que los precedentes que va resolviendo se vuelven criterios obligatorios para los siguientes casos.

Así, sobre la jurisprudencia se ha cuestionado si forma parte del material *controlante* para verificar la adecuación de los actos controlados con la Convención Americana. Para Sergio García Ramírez, contrario a este cuestionamiento, “no es posible sostener que las interpretaciones establecidas

---

<sup>73</sup> La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención (...).

<sup>74</sup> Sagüés, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords) *La Justicia Constitucional y su internacionalización*.

*¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM, tomo II, p. 458.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 459.

por la Corte IDH constituyan un punto de vista atendible o desatendible (...) los criterios establecidos son vinculantes para los Estados partes de la Convención Americana, y con mayor razón para quienes son, además, sujetos de la jurisdicción contenciosa de la Corte”<sup>76</sup>

Y respecto de los diversos tratados internacionales y su interpretación, se ha dicho que al no ser competencia de la Corte Interamericana, esas interpretaciones quedan excluidas del parámetro de convencionalidad.<sup>77</sup> Lo anterior, con independencia del valor que internamente le den los Estados a dichos textos supranacionales.

Es importante precisar que al parecer, la materia del control de convencionalidad lo son los actos estatales que contraríen a los derechos humanos, pues existen un sinnúmero de tratados internacionales cuya materia no corresponde a ellos y que por tanto no podrían servir como norma referente.

Sobre el material *controlado* a que están llamadas las autoridades nacionales en ejercicio de “control interno de convencionalidad,” la Corte IDH se ha referido, de manera preponderante, a que las autoridades nacionales deben ejercerlo respecto de las “normas jurídicas internas”<sup>78</sup> o “normas internas”.<sup>79</sup> Se trata de “cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución etcétera).”<sup>80</sup> Queda la duda de si en verdad todos los actos internos de los estados forman parte del material controlado, particularmente si es posible considerar a las constituciones nacionales dentro de esa categoría.

---

<sup>76</sup> García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Saiz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *op. cit.*, nota 21, pp. 284 y 283.

<sup>77</sup> Jinestra, Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitucionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, México, Fundap, 2012, p. 10.

<sup>78</sup> *Cfr.* Casos Almonacid Arellano Vs Chile, La Canuta Vs Perú, Boyce Vs Barbados, entre otros.

<sup>79</sup> *Crf.* Casos Trabajadores cesado del Congreso Vs Perú, Radilla Pacheco Vs México, Fernández Ortega Vs México, entre otros.

<sup>80</sup> Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 74, p.457.

Así, Eduardo Ferrer MAC- Gregor, —actual Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, ha precisado que el parámetro de revisión sobre la adecuación que se tiene que realizar, se encuentra formado por un bloque de convencionalidad,<sup>81</sup> que se integra por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los tratados que le dan competencia a la Corte Interamericana, la jurisprudencia formada al respecto, integrada a su vez por la interpretación realizada al resolver sobre Medidas provisionales, de Supervisión de cumplimiento, Interpretaciones de sentencia y Opiniones consultivas.

Atento a lo anterior, se observa que existe, al parecer, una plena asimilación entre los parámetros que emplea la Corte Interamericana con los que deben usar las autoridades nacionales.

Para concluir esta característica, afirma Hitters que “el control de convencionalidad tiene que hacerse a través de una “comparación” que deben cumplir los judicantes del país —entre las reglas internas de esencia legislativa, administrativa o de cualquier otro carácter, por un lado; y los tratados aludidos, la jurisprudencia de la Corte IDH y el *ius cogens*, por el otro”.<sup>82</sup>

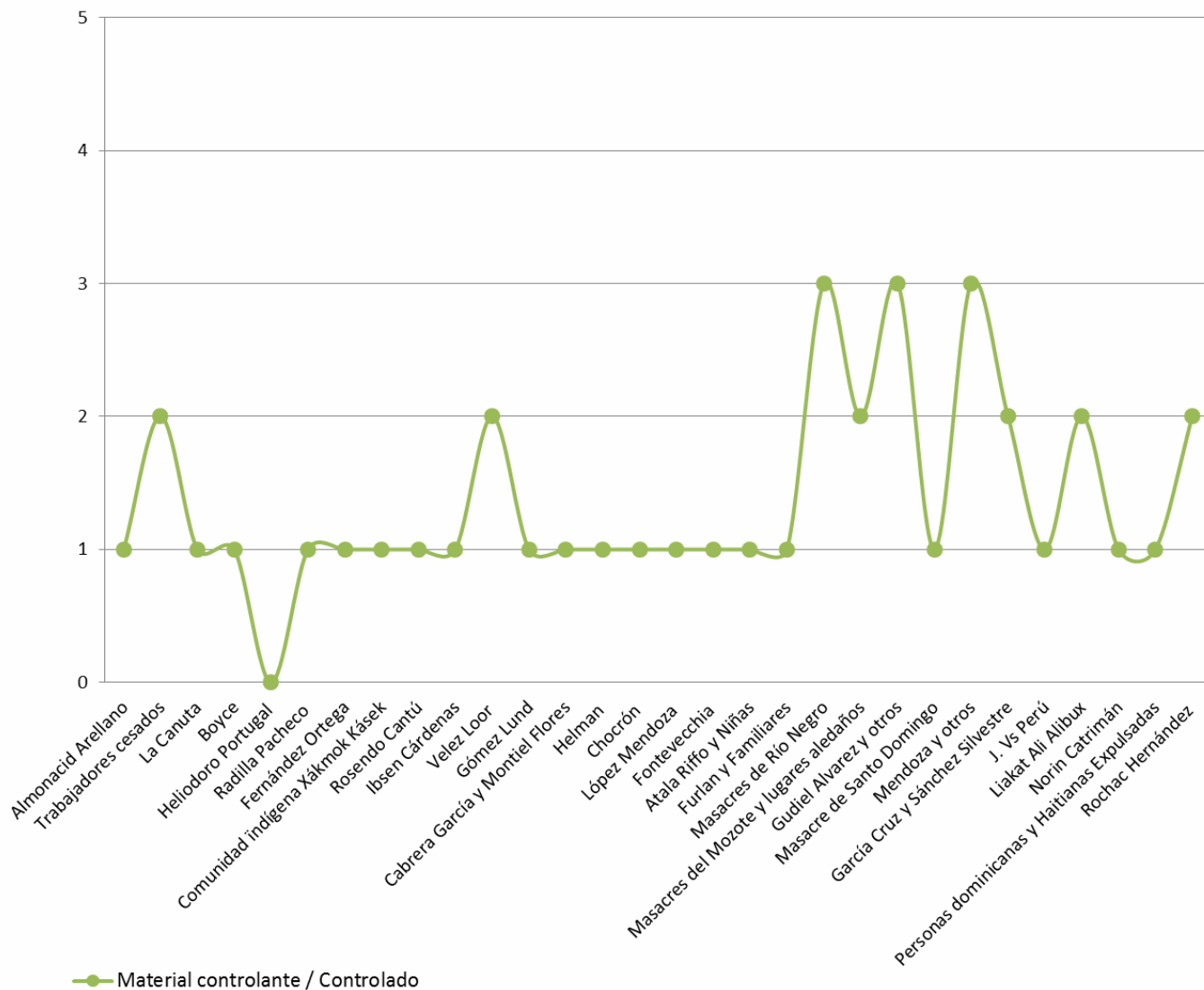
Atento a la sistematización de los diversos pronunciamientos en que la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre esta característica, es posible observar el uso irregular de las distintas expresiones relativas al material controlante y al controlado, conforme al siguiente desarrollo:

---

<sup>81</sup> Ferrer Mac-Gregor, “*Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano*” en Saiz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *op. cit.*, nota 21, pp. 144-150.

<sup>82</sup> Hitters, Juan Carlos, “Legitimación Democrática del Poder Judicial y Control de Convencionalidad” en Saiz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *op. cit.*, nota 21, p.84.

## Material controlante / Controlado



Donde:  
 0 = Sin dato  
 1 = Convención Americana de Derechos Humanos y su interpretación / Normas internas o jurídicas internas  
 2 = Convención Americana de Derechos Humanos / Normas internas o jurídicas internas  
 3 = Tratados de Derechos Humanos de los cuales es parte el Estado e interpretación / Normas internas o jurídicas internas

Fuente: elaboración propia

### II.7 Característica *ex officio* del control interno de la convencionalidad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha incorporado un elemento adicional que distingue a esta nueva operación a que llama a las autoridades nacionales, se trata de la característica *ex officio* conforme a la cual, *motu*

*proprio*, esto es, sin que sea necesaria la petición de parte, debe realizarse el control de la convencionalidad.

En el primer pronunciamiento de la Corte IDH, el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, no se dijo algo sobre esta característica; sin embargo, en el siguiente, Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú, se precisó que se debería realizarse “*Ex officio*, 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.”<sup>83</sup>

Ha sido la regla que a partir de dicha sentencia se considere que el control interno de convencionalidad debe ejercerse sin que sea necesaria la petición de parte. Lo anterior significa que para la Corte Interamericana, quienes ejercen esta función tienen la obligación de realizar como parte de su labor, el llamado control de convencionalidad, sea que las partes se lo soliciten o no.

Al respecto, Sergio García Ramírez expone que:

El control de convencionalidad debiera ejercerse de manera inmediata, espontánea, es decir, oficiosa (...) sería absurdo aguardar a que el interesado invoque sus derechos –a la vida, a la integridad, a la libertad– para que los agentes del Estado se resuelvan a examinar la existencia de aquellos, la obligación de respetarlos y la necesidad de garantizar su ejercicio<sup>84</sup>

No debe perderse de vista que a la par que ha dispuesto que sea *ex officio*, inmediatamente ha complementado la idea de que se deberá ejercer en el

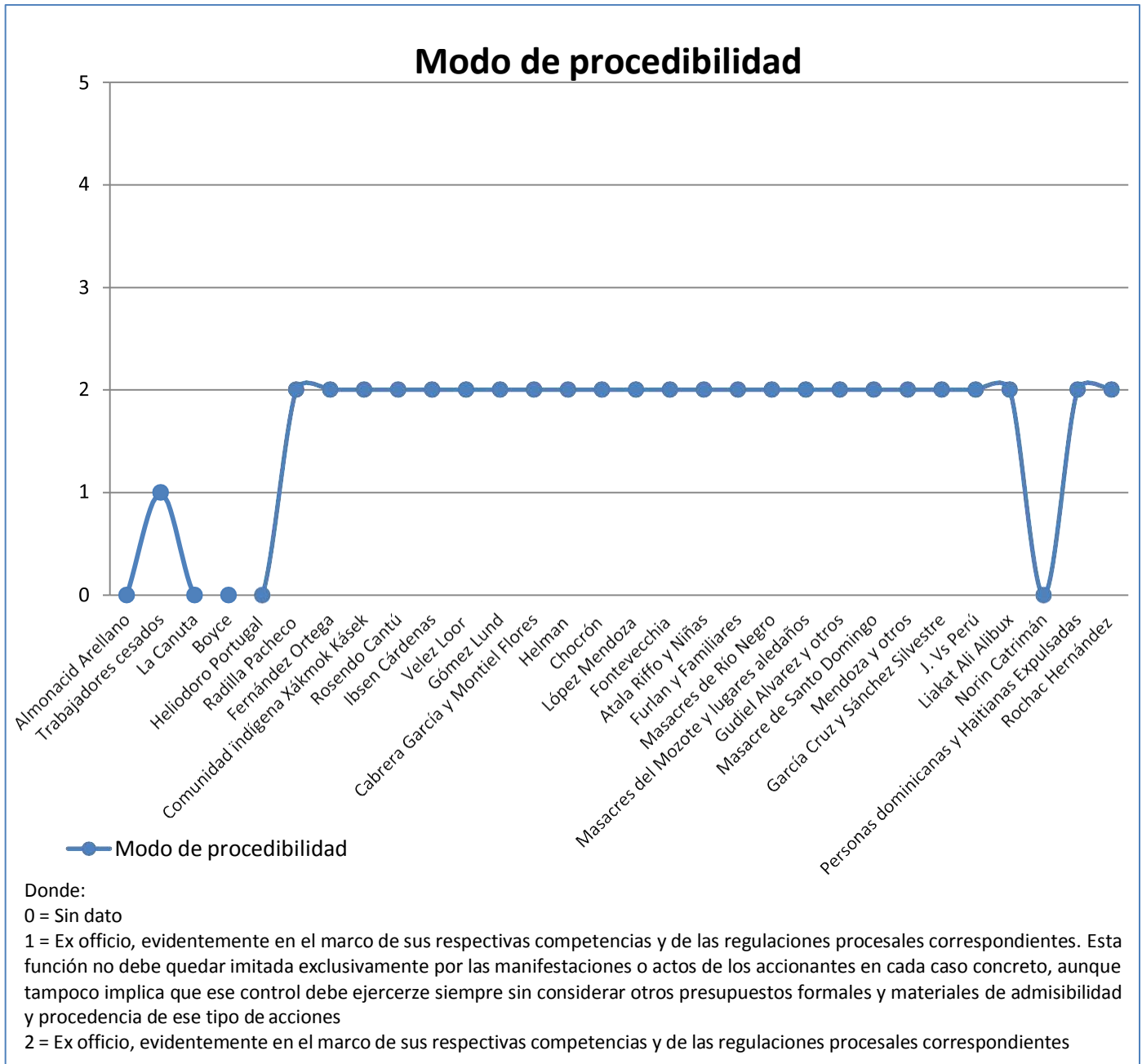
---

<sup>83</sup> Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, supra nota 12, párr. 128.

<sup>84</sup> García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*” en Saiz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *op. cit.*, nota 21, p. 287.

marco de competencias respectivas y conforme a las regulaciones procesales correspondientes, esto es, no debe ejercerse por todos ni siempre.

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado de manera homogénea sobre esta característica, lo que no significa que exista claridad o certeza sobre los alcances de ella.



## **II.8 Fundamento del llamado “control difuso de convencionalidad”**

Se trata ahora de conocer los argumentos que se han aportado para sustentar que las autoridades nacionales realicen el llamado control interno de convencionalidad. Al respecto, la sentencia que inaugura esta teoría (Almonacid Arellano), se refiere al deber de los Estados parte de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades, previsto en el artículo 2 de la Convención. Conforme a la interpretación que la Corte Interamericana ha hecho de ese precepto, tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes:

- a) La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y
- b) La expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías<sup>85</sup>

Debe recordarse que en el caso en comento, la materia lo fueron las violaciones del Estado Chileno, por una parte, al haber emitido y mantenido una ley de amnistía, y por otra, al haberla aplicado. La Corte IDH precisó que la primera vertiente tan sólo se satisface cuando se modifica el derecho interno, en el caso, cuando se suprimiera la ley inconvencional. Sin embargo, también le atribuyó responsabilidad al Estado chileno, debido a que sus autoridades jurisdiccionales aplicaron una ley que a criterio de dicha Corte es contraria a derechos humanos, de modo que conforme a la segunda vertiente (la “b”), el poder judicial debía abstenerse de aplicar normativa contraria a la Convención Americana, y no transgredir el deber de garantía previsto en el artículo 1.1. de dicho instrumento, y que como parte de un Estado miembro tiene.

---

<sup>85</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, supra nota 16, párr. 118.

Así, para la Corte Interamericana, el control interno de la convencionalidad tiene como fundamento lo previsto en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el último, interpretado como el deber de desarrollar prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).<sup>86</sup>

Los artículos referidos disponen:

#### Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

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

#### Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

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

Por lo que hace a los doctrinarios del control interno de la convencionalidad, Néstor Pedro Sagües<sup>87</sup> y Eduardo Ferrer MAC- Gregor<sup>88</sup> encuentran el fundamento de esta obligación en:

---

<sup>86</sup> Corte IDH, caso Heliodoro Portugal vs Panamá, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 179.

<sup>87</sup> Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 74, p. 452.

<sup>88</sup> Ferrer Mac-Gregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano" en Saiz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *op. cit.*, nota 21, pp. 150 y 151



- 1) El principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales.
- 2) El efecto útil de los convenios y,
- 3) La imposibilidad de alegar derecho interno para sustraerse de cumplir con los tratados.

Estas ideas que también fueron evocadas en la sentencia del Caso Almonacid Arellano, son principios que rigen a los países suscriptores de tratados internacionales en materia de Derecho de los tratados. El primer principio prescribe la obligatoriedad del cumplimiento de tratados (*Pacta Sunt Servanda*) y su realización de buena fe; el segundo que sus interpretaciones deben realizarse de manera que se logre la eficacia a sus disposiciones (*Effet Utile*) y el tercero a la imposibilidad de alegar derecho interno para sustraerse de su cumplimiento. Su positivización se encuentra en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados:

Artículo 26. *Pacta sunt servanda*

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27. El derecho interno de los Estados, las reglas de las organizaciones internacionales y la observancia de los tratados

1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado

Artículo 31. Regla general de interpretación

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

El segundo autor agrega que esta operación jurídica encuentra también fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José,<sup>89</sup> en la medida de que

---

<sup>89</sup> Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o

todos los Poderes u órganos de los Estados se encuentran obligados a realizar el más amplio goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por el propio Pacto.

Hasta este punto, puede concluirse que los fundamentos que la Corte IDH ha ofrecido para respaldar la obligación de realizar este control de la convencionalidad en sede interna, se tratan de cláusulas internacionales o principios derivados de Convenios en materia de derechos humanos, pero siempre desde fuente internacional, es decir, parece ser que se faculta a los jueces nacionales para realizar la verificación correspondiente —que puede tener incluso por efecto el incumplimiento de una norma vigente en el país de que se trate— desde una fuente directamente de orden supranacional.

(...) La doctrina jurisdiccional del control de convencionalidad “desde abajo” es decidida e impuesta por la Corte Interamericana, y de *modo directo*, a los jueces nacionales, vale decir, sin intermediarios que deban trasplantarla al ámbito de cada una de las naciones (...) <sup>90</sup>

Sobre algún fundamento al interior de los Estados, la Corte Interamericana únicamente ha realizado, con la misma constancia que la mención a la característica *ex officio*, un pronunciamiento que dispone que el control de convencionalidad se debe ejercer “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes”. Enunciado que hace alusión a la forma en cómo un estado tiene organizado el ejercicio de las facultades de control de la regularidad normativa, y en cuyas

---

persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

<sup>90</sup> Sagüés, Néstor Pedro, “El control de Convencionalidad...”, op. cit., nota 65, p.384.

competencias se podrá encontrar el fundamento para que al interior de un Estado se realice control interno de la convencionalidad.

Atento a la precisión anterior, Eduardo Ferrer Mac Gregor<sup>91</sup> afirma que el hecho de algunos jueces no se encuentren facultados para ejercer control de la *constitucionalidad* al interior de los Estados no puede entenderse como una limitante para ejercer control de la *convencionalidad*, sino que la idea “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” se refiere a una forma de graduar dicha función, pues no en todos los países se puede ejercer con la misma *intensidad* el grado de control. Distingue así, a aquellos con un *modelo* de control *concentrado* y *difuso*, en los que el grado de intensidad dependerá de las facultades que internamente tengan atribuidos los órganos judiciales, pudiendo al evaluar la inconvencionalidad de una norma y dependiendo de las facultades, ir desde una interpretación conforme hasta una declaratoria general de invalidez.

En otra perspectiva sobre la misma expresión que hace alusión a la distribución de competencias internas de los Estados, Ernesto Jinestra afirma que:

Se produce una modificación o reforma tácita de todas las legislaciones nacionales, en materia de acciones de inconstitucionalidad, por cuanto, ahora el respectivo Tribunal o Sala, de oficio y aunque no haya sido solicitado por la parte que plantea la acción, debe efectuar el test de convencionalidad de la norma, disposición o acto interno o local”<sup>92</sup>

De modo que para el autor en cita, la Corte Interamericana ha legislado implícitamente al interior de los Estados, para establecer este llamado control interno, *ex officio*, de convencionalidad.

---

<sup>91</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op.cit.*, nota 21, pp. 138 y 139.

<sup>92</sup> Jinestra, Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitucionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, México, Fundap, 2012, p. 14.

## II.9 Efectos del “control interno de la convencionalidad”

Cuando hablo de efectos del control interno o difuso de la convencionalidad me refiero a las consecuencias que ha de tener la resolución que examine la regularidad normativa del acto sujeto a control.

La Corte IDH, al resolver sobre la conformidad de los actos internos con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puede ya sea confirmar la regularidad normativa<sup>93</sup> del acto cuestionado, o en su caso, de conformidad con el artículo 63<sup>94</sup> resolver la existencia de violación a derechos humanos,<sup>95</sup> y disponer que se reparen las consecuencias de dicha vulneración, así como que se otorgue una justa indemnización.

No obstante lo anterior, la Corte Interamericana no tiene facultades para hacer cumplir sus propias resoluciones, por tanto, determinará la responsabilidad internacional del Estado infractor y éste será el obligado a realizar las acciones correspondientes para dar cumplimiento a la sentencia respectiva.

---

<sup>93</sup> Por ejemplo: “(...) LA CORTE , por unanimidad (...)declara que el Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...)”, *Cfr.* Corte IDH, Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas. sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, N° 73, párr. 103.

<sup>94</sup> “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

<sup>95</sup> Por ejemplo: (...) LA CORTE, DECLARA, por unanimidad, que: El Estado es responsable por la desaparición forzada de (...) y, por tanto, por la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida y al reconocimiento de la personalidad jurídica, contemplados en los artículos 7, 5.1, 5.2, 4.1 y 3 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma y con el artículo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, en perjuicio de dichas personas (...). *Cfr.* Corte IDH, Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C, N° 287, párr. 615.

Ahora bien, por lo que hace al control difuso de la convencionalidad, si su objetivo lo es la verificación de que determinado acto de un estado se adecue a los parámetros convencionales, pueden ubicarse dos claras posibilidades en que ha de concluir esa cuestión:

- a) De ser convencional el acto examinado se procederá a validarlo, a reiterarle la calidad de regular que ya poseía y que ha sido confirmada y en consecuencia a aplicarlo.
- b) De ser inconvencional, se procederá a declararlo inválido, irregular, contrario a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y por tanto, procederá su inaplicación.

Así lo ha dispuesto el tribunal supranacional, pues en el caso *Almonacid Arellano*, se ha referido a que cuando un acto es contrario a derechos humanos, el Poder Judicial se encuentra vinculado a abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a la Convención Americana.<sup>96</sup>

Sobre este punto, la resolución que declara la invalidez de una norma interna puede a su vez tener diversos efectos. Eduardo Ferrer Mac Gregor explica que dependerán del grado de intensidad de control que se pueda ejercer, lo que a su vez dependerá de las atribuciones que tenga el sujeto que realiza el control de la convencionalidad. Así, en un grado leve de control interno, en el que la actividad implica la interpretación conforme para salvar la convencionalidad de la norma interna sujeta a estudio, se podrá dejar sin efectos aquella interpretación inconvencional o menos favorable a derechos humanos; por otro lado, en el caso de un grado de intensidad intermedio o fuerte, en el que no sea posible salvar la norma interna, se podrá dejarla sin efectos, sea en el caso concreto o sea con efectos generales.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> “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”

<sup>97</sup> Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Saiz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *op cit.*, nota 21, p. 148.

Por su parte Nogueira Alcalá dice que los efectos posibles de tal operación son:

- a) Inaplicar la norma jurídica interna que colisiona (en casos en concreto), sin que ello signifique anular, derogar o expulsar la norma jurídica interna del ordenamiento jurídico
- b) Expulsar la norma interna contraria a tales derechos que tenga un carácter inconvencional y,
- c) Aplicación preferente del estándar fijado en la norma de derechos humanos convencional.<sup>98</sup>

En otras palabras, Néstor Pedro Sagüés afirma que el control de convencionalidad puede tener dos resultados:

- a) Resultado represivo o destructivo: no se aplica al caso bajo examen, se descarta o resulta inválida para el mismo, y
- b) Efecto positivo o constructivo: los jueces deben aplicar y hacer funcionar el derecho local de acuerdo con las reglas del Pacto de San José y de Costa Rica y según, también, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>99</sup>

De modo para los citados autores existe consenso en que el efecto podrá tener un carácter positivo, de interpretación y en su caso uno represivo, de invalidación de la norma interna irregular.

---

<sup>98</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, nota 19, pp. 1185-1195.

<sup>99</sup> Sagüés, Néstor Pedro, “El control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano...” *op. cit.*, nota 65, pp. 384 y 385.

## II.10 Órganos encargados de ejercer “control difuso de convencionalidad”

Un tema por demás interesante lo es determinar quién es el órgano que se encuentra encargado de realizar la confrontación normativa entre los estándares internacionales y los nacionales en sede interna.

El control de la convencionalidad se trata de la labor propia de organismos de tipo supranacional, que confrontan los actos domésticos con las disposiciones convencionales, es decir, desde siempre realizan tal actividad a las cual es posible llamar control *concentrado*. En el ámbito interno ningún organismo realiza control de convencionalidad como el de la Corte Interamericana, recordemos que es esta la novedad: que se ha llamado a las autoridades nacionales a ejercer una facultad similar a la de la Corte Interamericana, a realizar un control *difuso* de convencionalidad. Sin embargo, ¿qué autoridades específicamente deben realizarlo?

Para Ferrer Mac- Gregor “La doctrina del —control difuso de convencionalidad— tiene como destinatarios a todos los jueces nacionales, que deben ejercer dicho -control- con independencia de su jerarquía, grado, cuantía, o materia de competencia que la normatividad interna les otorgue”.<sup>100</sup> Por su parte, para Ernesto Jinestra, desde los casos Cabrera García y Montiel Flores contra México y Gelman contra Uruguay, queda dilucidado que son todos los operadores del derecho y no solo los de carácter jurisdiccional quienes deben ejercer “control de convencionalidad”.<sup>101</sup>

No obstante, lo cierto es que la Corte IDH no ha dado certeza sobre quiénes son los encargados de ejercer este control. En el primer caso, que fue

---

<sup>100</sup> Ferrer Mac Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Saiz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *op cit.*, nota 21, p. 138.

<sup>101</sup> Jinestra, Ernesto, *op.cit.*, nota 77, pp. 6, 7 y 8.

“Almonacid Arellano y otros Vs el Gobierno de Chile”, dijo que esta labor estaba encomendada al Poder Judicial:

(...) *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”*.<sup>102</sup>

Énfasis propio

Sin embargo, en el Caso Vélez Loo contra Panamá cambió de opinión y agregó que corresponde a cualquier autoridad con funciones jurisdiccionales:

En otras palabras, *los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales* deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también —de convencionalidad— *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana (...).<sup>103</sup>

Énfasis propio

Finalmente, en el caso Gelman contra Uruguay, volvió a modificar quienes son los sujetos habilitados para realizar esta nueva actividad, al considerar que:

(...) la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “*control de convencionalidad*” (supra párr. 193), *que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*.<sup>104</sup>

Énfasis propio

De modo que sobre *quién* debe realizar el control interno de la convencionalidad, es posible identificar tres grandes rubros en los

---

<sup>102</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 124.

<sup>103</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loo vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 218, párr. 287.

<sup>104</sup> Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párrs. 193 y 239.



pronunciamientos de la Corte Interamericana, sin que haya notoria preferencia por alguno de ellos. Así, el control de la convencionalidad lo debe ejercer:

- 1) El Poder Judicial
- 2) Los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales y,
- 3) Cualquier autoridad pública.

El uso y regularidad de las expresiones aludidas por parte de la Corte Interamericana, es posible advertirla en la siguiente gráfica:



## II.11 Regularidad de la teoría del “control interno de convencionalidad”

Como se observó, el llamado “control interno de la convencionalidad” se trata de una figura introducida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos pronunciamientos que empezaron en el 2006 y que a mayo de 2015 es posible encontrar, cuando menos, 30 sentencias en que se hace referencia a ella.

Ante lo novedoso de esta nueva institución, este capítulo tuvo la tarea de revisar los pronunciamientos en que la Corte Interamericana aborda esta figura, identificar sus principales rasgos y sistematizarlos, para poder conocer de manera descriptiva un panorama general sobre esta nueva institución.

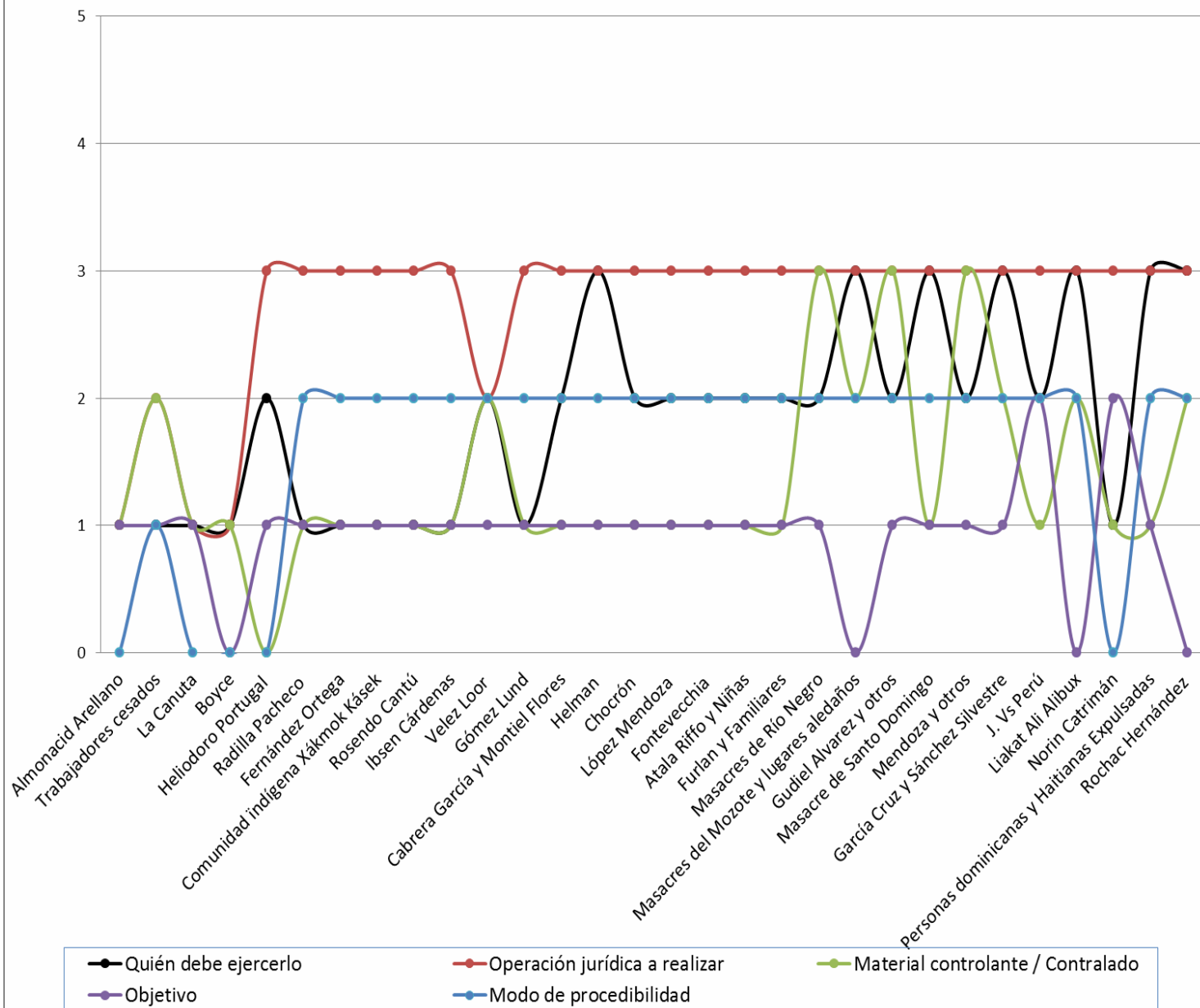
Realizado lo anterior ¿son los pronunciamientos de la Corte Interamericana un mensaje claro sobre lo que esta operación implica? a criterio de algunos autores, si bien la Corte Interamericana ha ido incorporando distintos enunciados para las explicar este nuevo control, lo que ha hecho es ir “precisando el contenido y alcances del control de convencionalidad, y ha ido variando en forma progresiva los términos utilizados”<sup>105</sup>

Con la idea de abonar a la reflexión sobre el desarrollo en la caracterización que sobre el control interno de la convencionalidad que ha tenido desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos y determinar si se trata de un mensaje uniforme, evolutivo y constante, agrupé las principales características que se extraen de las sentencias de casos contenciosos. El resultado gráfico de la suma de ellas, es el siguiente:

---

<sup>105</sup> Carbonell Sánchez, Miguel, “*Teoría de los derechos humanos y del control de la convencionalidad*”, México, ed. del autor, 2013, p. 144.

## Desarrollo de las principales características del "control difuso de la convencionalidad"



Fuente: elaboración propia.

Atento a la gráfica anterior, es posible afirmar que desde el surgimiento del término “control de convencionalidad” y su utilización en las sentencias en el Pleno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su desarrollo no ha sido constante u homogéneo, no existe consenso ni claridad en lo que el

propio órgano supranacional ha tratado de dar a entender<sup>106</sup>, se trata de un mensaje impreciso, fuente de grandes confusiones.<sup>107</sup>

En principio, la Corte Interamericana no explicó cuál es la naturaleza de esta nueva operación y su caracterización, con la que pretendía conocerse, tan sólo confirmó que se trata de una teoría incierta. Su poca constancia se evidencia en I) La operación jurídica a realizar, II) El material controlante y controlado, III) Quien debe ejercerlo y IV) La característica *Ex officio* y que se debe ejercer en el marco de las respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes. Encontrando únicamente claridad por lo que hace a V) El objetivo perseguido.

Con el llamado “control interno de convencionalidad” la Corte Interamericana ha exigido mucho de los Estados, sin haberse preocupado en que no quede duda de las obligaciones que de sus pronunciamientos emanan. No obstante la imprecisión de que adolece esta teoría, no es razón suficiente para desdeñar el tema que con mucho interés y relevancia ha traído a discusión en los foros nacionales un tema de suma importancia: el de buscar el método mediante el cual, exista cada vez más una efectiva tutela de los derechos fundamentales.

Es importante adelantar que el control de convencionalidad a que en este momento me refiero, tiene lugar en el desarrollo jurisprudencial que va desde el 2006 hasta marzo del 2013, pues en esta última fecha, la Corte Interamericana puso en duda todo lo que hasta entonces se había construido, como mostraré en el Capítulo IV.

---

<sup>106</sup> Karlos Castilla Juárez ha advertido que la construcción de esta teoría ha partido de un uso intencionalmente selectivo de la jurisprudencia interamericana, para facilitar determinadas conclusiones. *Cfr.* Castilla Juárez, Karlos, “¿control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XIII, 2013, p. 57, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/13/art/art2.pdf>.

<sup>107</sup> Contraria a esta idea, hay quien piensa que esta doctrina ha sido un mensaje “evolutivo y progresivo”, *Cfr.* Sagüés, Néstor Pedro, “El control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano...” *op. cit.*, nota 65, p. 415.

## CAPÍTULO III

### El “control *difuso* de la convencionalidad” en México

#### III.1 El caso Radilla Pacheco

La teoría del control *interno* o *difuso* de la convencionalidad introducida por Sergio García Ramírez en votos particulares y planteada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso Almonacid Arellano contra Chile, encontró un espacio propicio para introducirse en el ámbito mexicano, esta oportunidad se dio al emitir la sentencia condenatoria en el caso Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos.

El caso Radilla Pacheco presenta dos momentos distintos: el primero se refiere al pronunciamiento emitido por la Corte IDH y el segundo, a su tratamiento por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Es importante porque constituye la puerta de entrada y recepción a una institución de la que no obstante que no había certeza, se consideró necesario implementar.

#### El trámite y resolución en la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>1</sup>

El hecho que originó el caso fue la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco a manos del Ejército en el Estado de Guerrero, México. Ante ello, los familiares de Radilla Pacheco interpusieron diversos medios legales para investigar y sancionar a los responsables de la desaparición de su

---

<sup>1</sup> Corte IDH, caso Radilla Pacheco vs México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209.

familiar. En 2005, el juez de la causa penal declinó su competencia a favor de un juzgado militar. El cambio de competencia fue impugnado; al resolverse dicha inconformidad, el órgano revisor determinó que de conformidad con los artículos 13 Constitucional<sup>2</sup> y 57, fracción II, inciso a)<sup>3</sup> del Código de Justicia Militar, el asunto debía tramitarse y resolverse ante la justicia castrense.

En el ámbito interamericano el asunto tiene como antecedente la denuncia que en el año 2001 presentaron organizaciones de derechos humanos contra el Estado Mexicano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Seguido el trámite y debido al desacato de cumplir con las recomendaciones que le fueron formuladas, en el 2008, la referida Comisión sometió el caso a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para que declarara la responsabilidad internacional del Estado Mexicano por la violación de derechos humanos.

En noviembre de 2009, la Corte IDH dictó sentencia, en la que se había acreditado la detención y posterior desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco por militares del ejército, en Atoyac de Álvarez, Guerrero, en 1974. Dentro de las violaciones a derechos fundamentales que se determinaron cometió el Estado Mexicano se encontraron: la impunidad, la falta de investigación diligente y efectiva del caso, la incorrecta clasificación del tipo penal con el cual se tramitó la causa penal, la duración excesiva de las investigaciones realizadas y la violación al derecho a intervenir debidamente en un proceso penal.

---

<sup>2</sup> Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

<sup>3</sup> Artículo 57. Son delitos contra la disciplina militar: (...) II.- los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan: a).- Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo; (...)

Pero el tema central del caso fue el uso indebido de la jurisdicción militar. Al respecto, la Corte IDH expuso que ésta solo debe ejercerse excepcionalmente y de manera restringida para juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar, lo que en el caso no acontecía, pues aun cuando los actos fueron cometidos por una persona que ostentó la calidad de militar en activo, los bienes jurídicos afectados no correspondían a la esfera castrense, sino que se referían a la vida, a la integridad personal, a la libertad y al reconocimiento de la personalidad jurídica de Rosendo Radilla Pacheco. De modo que lo correcto era investigar, juzgar y sancionar conforme a la jurisdicción ordinaria.

En conclusión, para la Corte Interamericana, se vulneró el principio del juez natural, el debido proceso y el acceso a la justicia, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios de ese ámbito. Derivado de esto, se consideró que el Estado Mexicano había incumplido la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos diversos derechos de garantías judiciales y de protección judicial.

De manera sintética, la Corte observó las violaciones en las que incurrió el Estado Mexicano, en los siguientes términos:

313. Por las razones anteriormente expuestas, la Corte considera que la investigación de la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco no ha sido diligente, no ha sido asumida en su totalidad como un deber propio del Estado ni ha estado dirigida eficazmente tanto a la identificación, proceso y eventual sanción de todos los responsables como a la determinación del paradero del señor Radilla Pacheco. Asimismo, el Tribunal estima que al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, el Estado ha vulnerado el derecho a un juez natural de los familiares del señor Rosendo Radilla Pacheco, quienes tampoco dispusieron de un recurso que les permitiera impugnar el juzgamiento de la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla

Pacheco por la jurisdicción militar. Todo ello en detrimento del derecho a conocer la verdad de aquéllos<sup>4</sup>

Debido a las violaciones a derechos humanos observadas, la Corte Interamericana declaró responsable internacionalmente al Estado Mexicano y dispuso una serie de medidas tendientes a reparar los daños ocasionados.

De este modo, la sentencia emitida el 23 de noviembre de 2009 fue notificada el 15 de diciembre del mismo año al Estado Mexicano; el 9 de febrero siguiente, se publicó un extracto de ésta en el *Diario Oficial de la Federación*.

Atento a que la sentencia de mérito no realizó un pronunciamiento específico sobre qué autoridad debía hacer tal o cual cosa para dar cumplimiento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió abordar la resolución para determinar si le correspondía dar cumplimiento y en su caso, de qué manera.

### **El trámite y resolución en la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>5</sup>**

En atención la notificación que se hizo al Estado Mexicano de la resolución del caso Radilla Pacheco, se realizó una consulta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), cuyo tema fue determinar cuál era el trámite que se debía dar a la referida sentencia.

Así, la consulta que se abordó bajo el expediente Varios 489/2010, reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la consecuente obligación del Estado Mexicano de cumplir las resoluciones de aquel órgano; por lo que resolvió que debían determinarse las obligaciones concretas que le resultaban al Poder Judicial de la Federación derivado de la sentencia de aquel órgano supraestatal. Para dar cumplimiento a

---

<sup>4</sup> Corte IDH, caso Radilla Pacheco vs México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, supra nota 1, párr. 313.

<sup>5</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, expediente Varios 912/2010, resolución de 14 de julio de 2011, [http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Varios\\_912\\_2010.pdf](http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Varios_912_2010.pdf).



lo anterior se formó el expediente Varios 912/2010, en el que se abordaron principalmente los siguientes ejes:

Como un primer punto, al ser un hecho consumado el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [14],<sup>6</sup> la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció que el Estado Mexicano se encuentra sujeto de manera inobjetable a aquella.

Luego, que las resoluciones de aquel tribunal supranacional representan para el Estado mexicano cosa juzgada, no pudiendo someterlas a un nuevo análisis [15]. Así, le corresponde tan sólo acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos, [17] siendo vinculantes no sólo los puntos resolutivos, sino también la totalidad de los criterios que contenga [19]. Dijo también que en los casos en que el Estado Mexicano no sea parte de un litigio, la jurisprudencia del Tribunal supranacional tendrá carácter orientador para los jueces mexicanos, siempre que resulte más favorable a las personas [20] y que se deben observar los derechos humanos contenidos tanto en la Constitución como en tratados internacionales. [21]

La parte medular de la resolución en comento se encuentra en los considerandos *Sexto* [22] y *Séptimo* [23], que precisaron los actos concretos que debía realizar el Poder Judicial de la Federación respecto de la sentencia de la Corte IDH. Se dijo que le resultaban las siguientes obligaciones:

- a) Los Jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
- b) Deberá restringirse la interpretación del fuero militar en casos concretos y,
- c) El Poder Judicial de la Federación deberá implementar medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco.

---

<sup>6</sup> Para facilidad de quien desee detallar más sobre el tema me refiero al número del párrafo del engrose de la resolución al expediente Varios 912/2010.

Por lo que hace a la primera obligación, afirmó que “*todos los jueces del país*” deben llevar a cabo un Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad. [30,31]

A criterio de la Suprema Corte, en México el diseño de control de constitucionalidad es en parte concentrado y en parte difuso; *concentrado* en el Poder Judicial de la Federación mediante acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo; y por otro lado y al mismo tiempo *difuso* durante los procesos ordinarios de que conoce el resto de los órganos jurisdiccionales. [34, 36]

De este modo, concluyó que *ahora* todos los jueces del Estado Mexicano están facultados para inaplicar las normas generales que consideren transgresoras de derechos humanos [51] Como consecuencia de esta determinación, dispuso que era necesario modificar su criterio jurisprudencial que disponía que derivado del artículo 133 de la Constitución Federal, únicamente el Poder Judicial Federal podía realizar control de constitucionalidad. [52]

Por lo que hace a la segunda obligación concreta relativa al fuero militar, en su considerando *Octavo* determinó que era obligación del Poder Judicial de la Federación ejercer control de la constitucionalidad en el tema de la jurisdicción militar, en consecuencia ordenó que en lo futuro, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Federal debería ser coherente con los principios de debido proceso y acceso a la justicia, específicamente, el derecho de comparecer ante un juez competente, en concordancia con el artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [42]. Así, determinó la incompatibilidad de la fracción II, del artículo 57, del Código de Justicia Militar, conforme la luz de los artículos 2° y 8.1 de la referida Convención, [43] pues impedían a las víctimas de violaciones a los derechos humanos la posibilidad de someterse a la jurisdicción de un juez o tribunal ordinario.

Finalmente, por lo que hace a la tercera obligación específica relativa a medidas administrativas, dispuso implementar capacitación permanente sobre la jurisprudencia interamericana, los límites a la jurisdicción militar, las garantías judiciales, la protección judicial y los estándares internacionales aplicables a la administración de justicia [47.A]; así como capacitación para el juzgamiento del delito de desaparición forzada [47.B].

### **III.2 Caracterización del “control interno de la convencionalidad” en México**

A partir del caso Radilla Pacheco se institucionalizó el llamado control *interno* o *difuso* de la convencionalidad en el sistema jurídico mexicano; desde entonces son criterios jurisprudenciales y opiniones de doctrinarios los que han caracterizado a esta figura, porque el Poder Legislativo no ha expedido ninguna norma para regularlo. La puesta en marcha de las principales características de la institución en comento, ha generado tensiones propias de la implementación de una teoría confusa.

#### **Fundamento del “control interno de la convencionalidad” en México**

Un punto toral se refiere al fundamento para ejercer el llamado control de convencionalidad en el ámbito nacional. En un Estado de derecho, es de conocimiento aceptado que para que cualquier acto sea válido, debe ser emitido por autoridad competente, de modo que las autoridades sólo pueden hacer aquello que expresamente la ley les faculta.<sup>7</sup>

De la separación de los poderes es posible desprender dos principios característicos del Estado constitucional: el principio de legalidad y el de imparcialidad (...) El principio de legalidad consiste en la distinción y

---

<sup>7</sup> Artículo 16 de la Constitución federal Mexicana. “*Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.*” Énfasis propio

subordinación de las funciones ejecutiva y judicial a la función legislativa (...)<sup>8</sup>

Sin un fundamento para ejercer “control interno de convencionalidad” no se justifica la incorporación de esta figura y mucho menos su aplicación. Probablemente se trate del rasgo más importante, en el que conviene hacer las reflexiones que ocupan los siguientes párrafos. Por tanto, el planteamiento a responder es el siguiente: un órgano jurisdiccional mexicano ¿en qué preceptos o razonamiento debe fundamentarse para ejercer el llamado control de convencionalidad?

Eduardo Ferrer Mac-Gregor,<sup>9</sup> ha agrupado lo que considerara son el fundamento de la obligatoriedad de esta operación, y se trata de:

- a) Cuatro sentencias condenatorias al Estado Mexicano (2009 y 2010).
- b) Lo dispuesto en los artículos 1º, 2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en ese orden disponen la obligación de respetar los derechos, el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y las libertades y, que se debe dar la interpretación que más favorezca a los derechos humanos.
- c) Lo dispuesto en los artículos 26 y 27 del tratado de Viena sobre Derecho de Tratados, relativos al *Pacta Sunt Servanda* y a la prohibición de los Estados de invocar su derecho interno para incumplir un tratado internacional.
- d) Los nuevos contenidos normativos previstos en el artículo primero constitucional y
- e) La aceptación expresa de este tipo de control por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al conocer del expediente 912/2010.

---

<sup>8</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *La Democracia Constitucional, una radiografía teórica*, México, FCE-IIJ UNAM, 2011, p. 89.

<sup>9</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Sanz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012, pp. 92 y 93.

El primer fundamento a que se refiere el autor en cita se trata de cuatro resoluciones a casos contenciosos en los que el Estado Mexicano fue condenado: Radilla Pacheco <sup>10</sup> Fernández Ortega, <sup>11</sup> Rosendo Cantú, <sup>12</sup> y Cabrera García y Montiel Flores,<sup>13</sup> todas contra el Estado Mexicano.

Dado que en México es a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco cuando se institucionaliza el “control interno de la convencionalidad”,<sup>14</sup> por una cuestión de orden me referiré primeramente a resolver si en la resolución emitida por la Corte Interamericana y en su recepción por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, encontramos el fundamento de esta figura.

En la resolución de la Corte IDH ¿fue materia el *modelo* de control de convencionalidad de México? La respuesta es no, su competencia se circunscribe a juzgar sobre violaciones a derechos humanos, y en el caso no se abordó al llamado control de convencionalidad como parte de la *Litis*. El asunto se trató sobre el uso indebido de la jurisdicción militar y otras violaciones a derechos humanos.

Aun cuando la Litis del caso Radilla Pacheco no haya abordado el modelo de control de la convencionalidad que existía en México, pudiera pensarse que derivado de él, la Corte Interamericana haya dispuesto la obligación del Estado Mexicano y en específico del Poder Judicial de la Federación, de pronunciarse y modificar su modelo de control de la

---

<sup>10</sup> Corte IDH, caso Radilla Pacheco vs México, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, supra nota 1, párrs. 339 y 340.

<sup>11</sup> Corte IDH. Caso Fernández Ortega y Otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párrs. 236 y 237.

<sup>12</sup> Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párrs. 219 y 220.

<sup>13</sup> Corte IDH, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párrs. 225 a 233.

<sup>14</sup> Previo al caso Radilla Pacheco, en el Tribunal Electoral de la Federación existen antecedentes de control de la convencionalidad. *Cfr.* Bustillo Marín, Roselia, “El control de convencionalidad: La ideal del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral”, *Líneas Jurisprudenciales*, Tribunal Electoral de la Federación, <http://portales.te.gob.mx/ccje/content/1%C3%ADneas-jurisprudenciales>.

regularidad normativa, para que todos los jueces tuvieran la facultad de inaplicar leyes. Así, es preciso dar lectura a los puntos resolutiveos a que se condenó al Estado Mexicano, en los que podría encontrarse la justificación de que la Suprema Corte se haya pronunciado como lo hizo. Las medidas concretas de reparación fueron las siguientes:

LA CORTE

(...)

DISPONE, por unanimidad, que,

7. Esta sentencia constituye per se una forma de reparación.

8. El Estado deberá conducir eficazmente, con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable la investigación (...)

9. El Estado deberá continuar con la búsqueda efectiva y la localización inmediata del señor Rosendo (...)

10. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...)

11. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares (...).

12. El Estado deberá implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (...)

13. El Estado deberá publicar en el Diario Oficial de la Federación (...) la presente Sentencia (...)

14. El Estado deberá realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad (...)

15. El Estado deberá realizar una semblanza de la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco (...)

16. El Estado deberá brindar atención psicológica (...)

17. El Estado deberá pagar las cantidades fijadas (...)

18. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia (...)

Como se observa, tampoco se ordenó acción específica alguna al Estado Mexicano, y menos al Poder Judicial Federal para modificar el modelo de control de la constitucionalidad que existía.

Precisado que ni la materia ni los puntos resolutiveos —que concretan las obligaciones a cargo del Estado— se refirieron al modelo de control de la regularidad normativa ¿por qué entonces la Suprema Corte de Justicia de la Nación abordó el tema? La respuesta se encuentra en que para ella, no sólo se derivan obligaciones de los puntos resolutiveos de la sentencia de la Corte Interamericana, sino también de su parte considerativa, de modo que del párrafo 339 estimó que le resultaba la obligación de que todos los jueces pudieran inaplicar leyes como parte de un “control de convencionalidad”.

Para comprender el referido párrafo 339, es de notarse que en él se aborda la solicitud de condenar a México a reformar el artículo 13 de su Constitución, que trata del fuero de guerra. Al respecto, la Corte IDH dijo que para garantizar los derechos contenidos en la Convención Americana, además de la supresión de las normas de derecho interno, se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y las libertades consagrados en la misma. En los siguientes términos:

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).

Énfasis propio.

Si bien el texto citado hace referencia a un “control de convencionalidad”, nunca dijo que se trataba de una obligación que debía implementar el Estado Mexicano, y mucho menos que se tenía que entender como que *todos* los jueces pudieran inaplicar leyes, esa expresión en su debido contexto es una argumentación que abona a concluir que el Poder Judicial debe realizar *interpretaciones conformes* a los estándares internacionales, explícitamente así lo dispone el párrafo 340.

No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al tratar el expediente Varios 912/2010, resolvió:

*En relación al párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y dados los alcances de esta resolución dictada por este Tribunal Pleno, todos los jueces del Estado mexicano, de conformidad con el artículo 1º constitucional, están facultados para inaplicar las normas generales que, a su juicio, consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución Federal y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano es parte.*

Énfasis propio

Conforme a lo anterior, en los hechos, el Tribunal Interamericano no ordenó a México modificación alguna de su modelo de control de la regularidad normativa. No dijo que debíamos ser un modelo *difuso* en vez de uno *concentrado*. No dijo que todos los jueces mexicanos debían poder inaplicar leyes. No ordenó que en la jerarquía normativa tuviera preeminencia la Convención Americana sobre la Constitución Federal.

En cambio, sí dijo que las interpretaciones que se realicen deben ser coherentes con los estándares internacionales. Sí dijo que los jueces del Estado Mexicano deben 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, sí dijo que el control de la convencionalidad se debe ejercer en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes. Dijo que se debe ejercer un control de la convencionalidad pero no dispuso —y no puede hacerlo— cómo un Estado ha de lograrlo. La Corte mexicana sin duda se extralimitó en el cumplimiento de lo que le fue requerido.

En rigor, la Suprema Corte de Justicia de México fue más allá de la consideración de la sentencia en puntos estrictamente relacionados con la ejecución inmediata por parte de la jurisdicción federal.<sup>15</sup>

En la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, hubo quienes no compartieron lo resuelto por el Tribunal pleno, pero debido a una votación mayoritaria la resolución fue aprobada. Por ejemplo, para el Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, del referido párrafo 339 no se desprende una condena para el Estado Mexicano, ni tampoco una obligación para la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para él:

[Se] trata de una consideración argumentativa que precisamente lleva a la conclusión a la que llegó la Corte Interamericana en este caso, pero *no considero que de esa parte podamos advertir una condena para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación* que conlleve la obligación de hacer pronunciamientos genéricos y anticipados sobre temas que no han sido puestos a nuestra consideración en algún caso concreto.

(...)

Por lo anterior, no advierto que sea parte del cumplimiento de esta sentencia a cargo de esta Suprema Corte de Justicia, el establecer la manera en la que todos los jueces del país deberán ejercer el control de la constitucionalidad y la convencionalidad (...)<sup>16</sup>

Énfasis propio.

---

<sup>15</sup> García Ramírez, Sergio y del Toro Huerta, Sergio, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2011, p. X.

<sup>16</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, expediente Varios 912/2010, resolución de 14 de julio de 2011, voto concurrente del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, pp.15-18. [http://fuero militar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Varios\\_912\\_2010.pdf](http://fuero militar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Varios_912_2010.pdf)

Por su parte, la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos tampoco compartió lo relativo a las nuevas facultades otorgadas a los jueces distintos a quienes integran el Poder Judicial de la Federación, en los siguientes términos:

¿Un juez ordinario tiene competencia para declarar la inaplicación de un artículo porque es contrario a la Constitución? La respuesta es no, no la tiene, se trata de una facultad exclusiva del Poder Judicial Federal<sup>17</sup>

Finalmente, de manera contundente, el Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano consideró que era improcedente analizar el modelo de control que operaba en México, en los siguientes términos:

Del párrafo 339 de la sentencia aludida, no se desprende una obligación directa para la Suprema Corte (...) Pronunciarse sobre temas ajenos a los que se tratan en la sentencia (...) resulta a todas luces indebido respecto de lo establecido por la Constitución e incluso, por lo que hace a lo considerado en la propia sentencia al caso Radilla.

*(...) en el marco de la sentencia dictada por la Corte Interamericana, resultaba improcedente analizar el control de constitucionalidad que opera en nuestro sistema jurídico, esto es, dicho análisis va más allá de las condenas explícitas señaladas en la sentencia y, desde luego, de lo considerado en el párrafo 339 de ésta, aunado a que la Corte Interamericana en ninguna parte de su sentencia se pronuncia al respecto. El criterio interpretativo emanado del párrafo 339 de la sentencia, no llama en parte alguna a la modificación del modelo nacional de control de constitucionalidad. Por lo cual, el Pleno de la Suprema Corte ni siquiera debió considerar la discusión de este aspecto y, si acaso, tal debate debió ceñirse únicamente a establecer los alcances concretos del control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano.*

Asimismo, considero desmedido que esta Suprema Corte determine, más allá de las atribuciones que la Constitución mexicana establece para el Poder Judicial Federal en el Capítulo IV de su Título Tercero, y de las bases mínimas de los poderes judiciales de los estados, consignadas en el artículo 116, fracción III, otras atribuciones para los jueces de las entidades federativas, pues con ello se trastoca el pacto federal.<sup>18</sup>

Énfasis propio

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, voto concurrente de la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, pp.5-11.

<sup>18</sup> *Ibidem*, voto concurrente del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, pp.20-26.

Si la Suprema Corte de Justicia de la Nación tenía dudas sobre el cumplimiento de la resolución que se trata, debió haber solicitado la interpretación de la sentencia, como está previsto en el artículo 67<sup>19</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De este modo, el principal fundamento para que todos los jueces mexicanos inapliquen leyes mediante un “control de la convencionalidad”, se trata en realidad de una condena que la Corte Interamericana nunca impuso al resolver el caso Radilla Pacheco contra México, y además, de una interpretación excesiva por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien se pronunció sobre un delicado tema sin que esto hubiera sido necesario o le hubiera sido requerido. Es dable recordar que fue el propio tribunal mexicano quien dijo que es obligación del estado Mexicano limitarse al cumplimiento de las sentencias del aquel tribunal supraestatal “en la parte que le corresponde y en sus términos”<sup>20</sup> sin que de la sentencia del caso Radilla se advierta en alguna “parte” o algún “término”, que corresponda hacer lo que se hizo, pero aún más grave, no tiene facultades para reasignar competencias, labor que corresponde a diverso Poder del Estado Mexicano.

En conclusión, no es posible afirmar sin dudas ni reticencias que la sentencia del caso Radilla Pacheco y el reconocimiento hecho por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sean un fundamento sólido para sustentar que mediante el llamado “control de la convencionalidad”, todos los jueces mexicanos inapliquen normatividad interna.

Otro de los argumentos empleados para fundamentar al “control interno de la convencionalidad”, se refiere a los artículos 1º y 133, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>19</sup> El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

<sup>20</sup> *Ibidem*, párrs. 16 y 17.

Por lo que hace al primero, la Corte mexicana así lo justificó en el expediente Varios 912/2010, en el que dijo “(...) todos los jueces del Estado mexicano, de conformidad con el artículo 1º constitucional, están facultados para inaplicar las normas generales”. Idea que además ha sido sostenida por los tribunales mexicanos, quienes ponen énfasis en que esta facultad derivó de la Reforma de junio de 2011 al citado precepto. Por ejemplo, la Primera Sala del mismo tribunal, ha considerado que en virtud de la reforma aludida, se ha rediseñado “la forma en que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer control de la constitucionalidad” y que con ella se facultó a todos los jueces a inaplicar normas contrarias a la Constitución o a tratados internacionales de derechos humanos. Así lo confirma el criterio jurisprudencial 1a./J.18/2012 (10a.)<sup>21</sup> que lleva por rubro “Control de constitucionalidad y convencionalidad (reforma constitucional de 10 de junio de 2011).”

---

<sup>21</sup>Tesis 1ª./J.18/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, diciembre de 2012, p.420. debido a su importancia, transcribo su contenido: Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1o. constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En principio, la reforma al artículo primero básicamente se circunscribe a los siguientes tópicos: 1) Los derechos humanos como eje central del cambio constitucional, 2) Los derechos humanos como fuente de derechos y sustento de un bloque de constitucionalidad 3) La incorporación del principio hermenéutico de la interpretación conforme y la aplicación del principio *pro persona* y 4) La constitucionalización de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.<sup>22</sup> Pero si bien es cierto que dicha Reforma constituye un paradigma en materia de derechos humanos por los grandes avances que implica, es falso que con ella se haya introducido la obligación de *todos* los jueces de realizar el llamado control de convencionalidad y menos la de inaplicar leyes como parte de él —al menos no lo dice así el texto Constitucional, ni tampoco fue la intención del legislador—.

La lectura al artículo primero constitucional permite confirmar lo anterior, pues en no es posible encontrar la facultad de inaplicación de normas a cargo de todos los jueces mexicanos. El precepto reformado quedó en los siguientes términos:

#### TÍTULO PRIMERO.

(Reformada su denominación, D.O.F. 10 de junio de 2011)

#### CAPÍTULO I. DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS

Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

(Adicionado, D.O.F. 10 de junio de 2011)

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

---

<sup>22</sup> Cfr. Castilla Juárez, Carlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, *Estudios Constitucionales*, Chile, Año 9, N°2, 2011, pp.123-164.

(Adicionado, D.O.F. 10 de junio de 2011)

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

(...)

Como se advierte, en ninguna parte se dispuso la facultad de todos los jueces de inaplicar normas, y por el contrario, el texto reformado exige expresamente que las funciones de protección de derechos humanos se realicen en el ámbito de las competencias existentes. De modo que si esta función de tutela de derechos humanos dispone que se ejerza en el ámbito competencial correspondiente, debe resaltarse que *antes* de dicha reforma no todas las autoridades podían inaplicar leyes, y *con ella* tampoco se incorporaron o atribuyeron nuevas competencias, resultando inexplicable que esta reforma y artículo sean el fundamento de esta “nueva facultad”.

Pero además existe otro dato que vale la pena resaltar y que reafirma lo antes dicho. Se trata del proceso legislativo del que derivó la citada reforma, pues en el Dictamen inicial aprobado en la Cámara de Diputados, de 23 de abril de 2009<sup>23</sup> y el Dictamen del Senado, de 7 de abril de 2010, nada se dice sobre establecer ahora la facultad de que *todos* los órganos jurisdiccionales ejerzan ya sea control de la constitucionalidad o del llamado “control de la convencionalidad”, de modificar el modelo de control de la regularidad normativa o alguna idea similar.

Cuando más, en el Dictamen aprobado en la Cámara de Senadores, se habla de fortalecer los instrumentos jurisdiccionales para hacer valer los

---

<sup>23</sup> Cámara de diputados, Gaceta Parlamentaria, 23 de abril de 2009, número 2743-XVI, <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2009/abr/20090423-XVI.pdf>

derechos fundamentales, y específicamente de ampliar la cobertura del juicio de amparo, entre otras aspectos.

(...)

K. Fortalecer los mecanismos judiciales de protección de los derechos humanos, ampliando la competencia en materia de juicio de amparo.<sup>24</sup>

En el mismo Dictamen se reconoce al amparo como el medio judicial para hacer valer los derechos fundamentales y por lo tanto se busca fortalecerlo, pero en ninguna parte se establece que ahora todos los jueces puedan conocer de amparo, o que todos puedan ejercer la labor que corresponde a los jueces de amparo, o de revisar la constitucionalidad de las normas que sean sujetas a su consideración. E incluso, del Dictamen se desprende contundentemente que no fue su intención realizar modificación alguna en ese sentido, pues si bien atribuye a todas las autoridades la obligación de regir sus actuaciones mediante el principio de interpretación conforme (el cual consideró la técnica más adecuada para armonizar el derecho doméstico con el internacional), precisó que dicha facultad no significaba “(...) en ningún momento, la derogación o desaplicación de una norma interna”.<sup>25</sup>

Con la precisión anterior se exhibe el contrasentido que supondría por una parte, negar a todos los jueces que mediante la “interpretación conforme” inapliquen normas, pero al mismo tiempo con el “control de convencionalidad” exigirles que lo hagan.

En conclusión, el artículo 1º Constitucional no arroja a todos los jueces la facultad de ejercer algún control de convencionalidad o de inaplicar leyes. Primero, porque el propio texto constitucional no lo prevé así, y por el contrario, dispone que las autoridades deben ejercer la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito de sus respectivas competencias; segundo, porque

<sup>24</sup>Cámara de Senadores, Legislatura LXI, Gaceta del Senado, 7 de abril de 2010, n°113, P.49, <http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/1/2010-04-07-1/assets/documentos/gaceta.pdf>

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 55.

existe evidencia que demuestra que la reforma al citado artículo de 1º, de junio de 2011, dispuso categóricamente que no significaba la posibilidad de la derogación ni desapplicación de las normas internas, y tercero, porque de haberse querido atribuir la cuestionada facultad, se hubiera hecho de manera explícita y además se hubiera acompañado de una reforma integral a la Constitución y leyes secundarias. La reforma, a lo más, tan sólo trató de fortalecer los mecanismos existentes de protección de los derechos humanos, específicamente los establecidos para el Poder Judicial de la Federación.

A partir del caso Radilla Pacheco y del texto reformado del artículo 1º Constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó cambiar la lectura que había venido dando al diverso 133 de la Constitución Federal, sobre el que antes había dicho que no disponía un modelo de control difuso de la constitucionalidad, esto es, que no autorizaba a todos los jueces a ejercer control de la regularidad normativa. Así lo recuerda la tesis jurisprudencial P./J. 73/99 del rubro siguiente:

Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución<sup>26</sup>

En el mismo sentido, la tesis del contenido siguiente:

Los Tribunales de amparo se han orientado por sostener que, en nuestro régimen de derecho debe estarse al sistema de competencias que nos rige,

---

<sup>26</sup> Tesis P./J.73/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. X, agosto de 1999, p.5. del contenido siguiente: “El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que ‘Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.’. En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.”



según el cual sólo el Poder Judicial de la Federación puede hacer declaraciones de inconstitucionalidad y no tiene intervención alguna la justicia local en la defensa jurisdiccional de la Constitución aun en el caso del artículo 133 de la misma (...)<sup>27</sup>

Así, en México se decía que existía un modelo de control de la constitucionalidad concentrado en el Poder Judicial de la Federación y que su fundamento eran los artículos 103 y 107 que disponían al amparo como medio para acceder a la protección jurisdiccional de derechos fundamentales, sin que del artículo 133 Constitucional<sup>28</sup> se pudieran desprender facultades de control de la regularidad normativa para los demás jueces.

Sin embargo, con motivo del nuevo artículo primero constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el párrafo 29 del expediente Varios 912/2010, concluyó una nueva lectura, de la cual ahora se deriva la obligación de no aplicar normas contrarias a derechos humanos por parte todos de quienes ejerzan funciones jurisdiccionales.<sup>29</sup>

No obstante, en líneas precedentes ha quedado demostrado que con la reforma constitucional de junio de 2011 no se atribuyó la facultad de inaplicación a todos los órganos jurisdiccionales, ni tampoco se instituyeron nuevos mecanismos jurisdiccionales de control, pues únicamente se buscaron fortalecer los existentes, situación que se suma al hecho de que el artículo 133, del mismo ordenamiento, tampoco fue alterado ni tiene reglamentación alguna, con lo que se concluye que no existen elementos sólidos para haber

---

<sup>27</sup> Tesis “Control difuso de la constitucionalidad de leyes”, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, T. III, enero-junio de 1989, p. 228.

<sup>28</sup> Artículo 133: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

<sup>29</sup> “Es en el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1º en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior.”

abandonado el modelo de control concentrado que existía, para implementar uno difuso. Probablemente el artículo 133 Constitucional siempre ha dispuesto que los jueces estén facultados para inaplicar normas que se contrarias a la Ley Suprema —personalmente comparto esa concepción— sin embargo; la migración de sistema de control de la regularidad normativa requiere sin duda muchas más acciones que un repentino cambio de criterio jurisprudencial que no encuentre mayor fundamento que sentencias o reformas que nunca pretendieron introducir el cambio realizado.

Por otro lado, también se ha dicho que control de convencionalidad tiene como fundamento para las autoridades mexicanas el deber de respetar y garantizar los derechos y libertades, así como el de adoptar medidas legislativas y de otro tipo para hacerlos efectivos, disposiciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de hecho “(...) a la luz del análisis del artículo 2° de la Convención Americana surgió la doctrina del control de convencionalidad”<sup>30</sup>, precepto que a la letra dispone:

#### Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

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

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado este artículo, sobre el que dice se presenta en dos vertientes. La primera se refiere a la supresión de normas y prácticas que generen la transgresión a las garantías de

---

<sup>30</sup> Steiner, Christian, Uribe, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014, p. 83. Cfr. <https://www.scjn.gob.mx/libreria/Documents/ConvencionAmericanaSobreDerechos20141209.pdf>

la Convención Americana y la segunda, —que tiene inmediata relación con la figura que se estudia— se refiere a la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de los derechos convencionales.<sup>31</sup>

Al respecto, debe destacarse que una cosa es haber suscrito la Convención Americana y otra muy distinta que con ello se haya establecido al interior de los Estados la primacía del derecho supranacional sobre el interno.

Pero además, lo cierto es que ni el referido artículo 2, ni su interpretación, disponen el deber de todos los jueces nacionales de aplicar directamente el derecho convencional y ejercer algún control de convencionalidad, ni tampoco la facultad de inaplicar derecho interno, de modo que no advierto una correspondencia legítima entre la obligación de “desarroll(ar) practicas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías” y la obligación de que en un Estado *todas* las autoridades puedan *ellas mismas inaplicar* normas.

No obstante lo anterior, parece ser que los pronunciamientos de la Corte IDH se acercan a dicha idea, en el caso Almonacid Arellano contra Chile, caso paradigmático de esta teoría, dijo:

(...) 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*<sup>32</sup>

Énfasis propio

---

<sup>31</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 118.

<sup>32</sup> *Ibidem*, párr. 123.

Pronunciamiento similar se replica en el caso Fernández Ortega contra México<sup>33</sup>, en el que resolvió que:

237. (...) independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (infra párr. 239 y 240), en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, *disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el fuero penal ordinario*.

Énfasis propio

En estos casos, el Tribunal Interamericano dijo que aun cuando exista precepto legal contrario a la Convención Americana, con independencia de la reforma que le corresponda, el juzgador debe *abstenerse* de aplicar la ley contraria a la Convención Americana; y en el segundo ejemplo, precisó el deber de inobservar la ley que disponga tramitar un expediente ante la vía militar, y *directamente declararse incompetente* para que sea un juez ordinario quien conozca del caso.

Pero aun cuando se tomara por cierto el hecho de que la Corte IDH ha dispuesto que todos los jueces deben abstenerse de aplicar normas que consideren contrarias a derechos fundamentales, en estricto sentido, de ese pronunciamiento no se desprende que ellos mismos puedan realizar el examen de convencionalidad, sino tan sólo que deben abstenerse de aplicarla, lo cual puede darse a través de dos posibilidades: la primera, que ha sido la tomada por válida por la gran mayoría de quienes abordan el tema (sirva de ejemplo la propia Corte mexicana), se refiere a que los jueces pueden por sí mismos realizar la confrontación del acto del que conocen con la Convención Americana y otros tratados y de ser el caso, inaplicar la norma sujeta a revisión. La segunda lectura que en todo caso me parece más sensata con el sistema normativo en México, se refiere a que un juez ordinario, sin facultades para realizar control de la constitucionalidad, al advertir una norma contraria a

---

<sup>33</sup> Corte IDH. Caso Fernández Ortega y Otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 11, párrs. 236 y 237.

derechos humanos, deberá remitir la cuestión que considera irregular al conocimiento de los órganos que sí están facultados para realizar ese tipo de análisis, quien resolverá la cuestión de convencionalidad que le fue planteada y comunicará el resultado a la autoridad a quien le surgió la duda, con lo cual se mantiene el principio de presunción de constitucionalidad y de convencionalidad, así como el respeto a las competencias internas de un Estado sobre las facultades de regularidad normativa.

No obstante, lo cierto es que el criterio contenido en el caso Fernández Ortega, que incumbe de manera directa al Estado Mexicano (al haber sido condenado), parece suprimir la *segunda* lectura propuesta, pues incorpora el enunciado “disponer inmediatamente”, con lo que parece dejar de lado la posibilidad de plantear la duda sobre la convencionalidad de la norma que se debe aplicar y ordenar que sea el mismo juez quien realice el examen de regularidad y en su caso la inaplique. Es decir, parece sí exigir un sistema difuso de control de la regularidad normativa.

Es de recordarse que en el caso Almonacid Arellano, se sancionó al Estado Chileno básicamente por dos conductas: tener una ley de amnistía y haberla aplicado. Al haberla aplicado (de lo que se generó la idea de que era obligación del Poder Judicial abstenerse de aplicar normas contrarias a derechos humanos), se dijo que “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 la responsabilidad internacional del Estado;”<sup>34</sup> sin embargo “una cosa es que el estado pueda incurrir en responsabilidad internacional por el comportamiento de cualquiera de sus órganos, incluido el poder judicial, pero otra cosa muy distinta es señalar que los jueces chilenos tienen el deber de

---

<sup>34</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, supra nota 31, parr. 123.

declarar tácitamente derogadas las disposiciones del derecho interno incompatibles con los tratados internacionales ratificados por Chile.”<sup>35</sup>

Además, fue la propia Corte Interamericana quien dijo que la no aplicación por parte del Poder Judicial Chileno de la Ley de Amnistía (como podría entenderse mediante el control de la convencionalidad en México), “no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque (...) el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria de la Convención y, en segundo, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente,”<sup>36</sup> lo anterior exhibe que la verdadera obligación es la de suprimir las leyes que sean contrarias a derechos humanos.

Pero sobre todo, otro punto clave es destacar que no es facultad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos imponer la manera en que un miembro de la Organización de Estados Americanos debe distribuir sus competencias o incorporar el derecho internacional al derecho interno. El Estado Mexicano y en particular el Poder Judicial de la Federación deben ser más activos en la interacción que tienen con aquella Corte supranacional, no es conveniente tomar por cierto todo lo que de ella venga, menos cuando se pide que se implemente una figura desconocida.

Son muy cuestionables los pronunciamientos en los que como algún autor ha dicho, parece ser que la Corte IDH reforma tácitamente la manera en que un Estado tiene organizadas sus competencias, específicamente las de control de la regularidad normativa. Es de recordarse que su labor se limita a

---

<sup>35</sup> Torrijo Fuentes, Ximena, “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, *Revista de Economía y Derecho*, Perú, vol. 15, N°4, 2007, p.7, [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish_.pdf).

<sup>36</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, supra nota 31, parr. 121

verificar el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes de la Convención Americana en materia de derechos humanos.

Así, conforme al artículo 62.3 debe conocer sobre cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de disposiciones de la Convención, disponiendo que para el caso de violaciones a derechos, se garantice el derecho transgredido y en su caso, se reparen las consecuencias. Disponer la forma en cómo un Estado se encuentra organizado, cuál es el modelo de control de la regularidad normativa, o autorizar directamente a los todos los jueces mexicanos o de cualquier otro país a inaplicar leyes, resulta sin más, excesivo. Valdría la pena que pronto, aquel órgano supranacional —quien además con tanta irregularidad se ha pronunciado— aclare en definitiva sus criterios que han sido mal interpretados, *so pena* de que se cuestione de manera severa la legitimidad de sus pronunciamientos.

En la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación hubo afortunada disidencia sobre este tipo de pronunciamientos,<sup>37</sup> por ejemplo, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, advirtió que conforme al principio de derecho internacional *Pacta sunt servanda*, los órganos internacionales deben actuar

---

<sup>37</sup> El Ministro Pardo Rebolledo afirmó: “(...) no se puede entender que las consideraciones que la Corte internacional (...) constituyan una especie de jurisprudencia obligatoria para los juzgadores locales y a partir de ellos se les constriña a resolver los asuntos de su competencia o de los tribunales locales(...), sin que el juzgador federal o local pueda variarlos al serle obligatorios; lo cual, en mi opinión, es incorrecto y por lo mismo no lo comparto, ya que esa determinación implica asumir una obligación a la que el mismo Tribunal internacional no ha condenado, ni lo podría condenar, ya que evidentemente violentaría la soberanía nacional y, en cierta medida, la autonomía de sus juzgadores.” Por su parte el Ministro Aguilar Morales se pronunció de la siguiente manera “La individualización de los alcances de la sentencia de la Corte Interamericana se entienden claramente si se tiene en consideración que los casos sólo son llevados a su conocimiento por situaciones determinadas y concretas y no por condiciones generales acontecidas en abstracto, como son las políticas públicas de un Estado, situación ésta que no fue ni tácita ni expresamente materia de la convención, pues requeriría que cualquiera de los Estados adheridos trasladaran o delegaran en la Corte Interamericana su facultad soberana para establecer políticas públicas.” El ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano concluyó que conforme al artículo 3° de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el principio del orden internacional “está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados (...)”

según los procedimientos y competencias que aparezcan consignados en el tratado que les dio origen y que, al mismo tiempo, los Estados se obligan a cumplir las resoluciones, presuponiendo que son emitidas en ejercicio de las competencias que les corresponden. De modo que el Tribunal Interamericano se extralimita cuando rebasa las facultades que le son concedidas en su estatuto, ordenando a los jueces nacionales a interpretar la convención, en los términos en que lo ha hecho.

Uno de los aspectos que considero pertinente resaltar, *se refiere a la falta de atribuciones de la Corte Interamericana para determinar cómo y quién resulta específicamente obligado al interior del Estado Mexicano*, al declararlo responsable internacionalmente. En este sentido, estimo que una vez que la Corte Interamericana declara responsable a un Estado, éste debe atender a los puntos de condena ajustándose a su organización política interna y a los mecanismos de ejecución establecidos en su ordenamiento jurídico<sup>38</sup>  
Énfasis propio

Otro de los argumentos ofrecidos para que los jueces fundamenten el ejercicio de control de convencionalidad, se refiere a que el derecho internacional dispone que las obligaciones deben ser cumplidas de buena fe y a la imposibilidad de invocar derecho interno para incumplirlas, de hecho la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos emplea estos principios para justificar el referido control de convencionalidad, en el párrafo 125 de la sentencia al caso Almonacid Arellano contra Chile, dijo:

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”<sup>150</sup>. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

---

<sup>38</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, expediente Varios 912/2010, resolución de 14 de julio de 2011, voto concurrente del Ministro, voto concurrente del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, p. 16, [http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Varios\\_912\\_2010.pdf](http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Varios_912_2010.pdf)



Es claro que esta obligación en materia de derecho de tratados tiene la finalidad evidente de hacer efectivos a los preceptos a que un Estado se ha obligado, sin embargo ¿en qué parte de ella se encuentra esa supuesta obligación de que todos los jueces inapliquen leyes? La respuesta es contundente: en ninguna. Cuando menos, se trata de argumentos muy genéricos para obligaciones tan específicas como inaplicar derecho interno.

Debe también rechazarse cualquier lectura que desprenda de esos principios la obligación de todos los jueces nacionales de aplicar directamente el derecho internacional e inaplicar el interno, porque por una parte se trata de una interpretación excesiva sobre una disposición inexistente, pero con mayor razón, porque la historia fidedigna del artículo 27<sup>39</sup> —cuyo contenido ha sido invocado para fundamentar el control interno de la convencionalidad— demuestra que no se incorporó a la Convención de Viena para establecer en los ámbitos internos la primacía del derecho internacional sobre el nacional, ni en consecuencia autorizar a los jueces nacionales a invalidar leyes contrarias a aquel. Se trata en realidad, de una disposición que reitera que el derecho interno que contradice al internacional general responsabilidad internacional y que “se trata solamente de una regla de responsabilidad que excluye al derecho interno como eximente.”<sup>40</sup>

Pero si aún no quedase claro que el artículo en comento no significa la facultad de aplicar directamente derecho internacional, dándole primacía sobre el interno, vale la pena observar la investigación realizada por Ximena Torrijo, quien expone que la mejor prueba de que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados nunca tuvo la intención de transformarse en los significados que se le han querido atribuir para justificar el control interno de convencionalidad, es el rechazo a una enmienda que se propuso a dicho

---

<sup>39</sup> Cfr. Torrijo Fuentes, Ximena, *op. cit.*, nota 35.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p.9.

precepto y que tenía por objetivo que los Estados garantizaran la eficacia directa del derecho comunitario.

Si se quiere tomar en serio esta nueva figura, deberá tenerse presente que el principio de legalidad es el principal garante de la actividad jurisdiccional; es oportuno el señalamiento de que la existencia de los principios antes referidos, pero no es cierto que a partir de ellos pueda concluirse la facultad de declarar la inconvencionalidad de una norma interna. Así lo confirma Néstor Pedro Sagüés:

En rigor de la verdad, la obligación de los jueces locales de inaplicar el derecho doméstico opuesto al Pacto (de San José), o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, no emerge de ningún artículo del mismo. Los Estados, según el Pacto, solamente se comprometieron a cumplir las sentencias que dictase la Corte en procesos en los que fueron parte (art. 69)<sup>41</sup>

Las reflexiones que tiendan a señalar cuáles son los fundamentos para ejercer una actividad de importante repercusión, como la inaplicación de normas, deben ofrecerse desde lo que verdaderamente existe en los ordenamientos internacionales y nacionales, no deben forzarse a partir de ideas genéricas para obligaciones tan concretas. Se debe admitir un hecho concreto, y es que no existe fundamento que autorice al llamado “control interno de convencionalidad”, porque corresponde al Poder Legislativo prescribir dichas atribuciones, lo que a la fecha no ha sucedido. Al intentar encontrar fundamentos inexistentes y ejercer facultades sin fundamento, lo único que sucede es que se pone en riesgo la legitimidad del órgano que lo pretende autorizar y el correcto funcionamiento del régimen de competencias.

---

<sup>41</sup> Sagüés, Néstor Pedro, “El control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano, y sus Anticipos en el Ámbito de los Derechos Económico-Sociales. Concordancias y Diferencias con el Sistema Europeo”, en bogdandy, Armin Von, Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (Coords.) *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010, p.384.

La alusión a competencias (al amparo del principio de legalidad, corresponde a la ley la asignación de competencia a los órganos judiciales) y a procedimientos (cuyo diseño y alcance incumben igualmente a la ley) no apareja por fuerza que todos los jueces sean competentes para aplicar, sin mayores exigencias internas, el control de convencionalidad<sup>42</sup>.

En conclusión, no existe fundamento alguno que sustente válidamente la inaplicación de normas internas por todos los órganos jurisdiccionales, dentro de un llamado control de convencionalidad.

### **Parámetros para ejercer “control difuso de la convencionalidad” en México**

En México, atento a la teoría del control de la convencionalidad se dijo que el material controlante, que servirá de referente para cotejar la regularidad del acto a verificar, se integra por:

1. Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;
2. Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.
3. Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y
4. Criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.<sup>43</sup>

Así, se dispuso que se trata de verificar que cualquier acto u omisión del Estado Mexicano, sea acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales; con los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir su jurisprudencia, que era

---

<sup>42</sup> García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*” en Saiz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012, p. 297.

<sup>43</sup> Tesis P.LXVIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, t. I, Diciembre de 2011, p.551. Su antecedente es el párrafo 31 de la resolución al expediente Varios 912/2010.

*obligatoria* en todos aquellos casos de los que el Estado Mexicano fuese parte y con carácter *orientadora* <sup>44</sup> en aquellos que no lo figurara en un procedimiento internacional. No obstante, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, cambió de criterio y dijo que con motivo de nuevas reflexiones, aún en los casos en que México no haya sido parte, es *obligatoria*.<sup>45</sup>

Pero, si “la regularidad no es, entonces, sino la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden jurídico;”<sup>46</sup> entre las normas referentes ¿cuál es jerárquicamente superior? y en consecuencia, cuál debe ser aplicada.

En principio, la idea de un “control de convencionalidad” implica ya de sí establecer que la norma superior, referente o molde, lo es la Convencional, en el caso la Convención Americana Sobre Derechos Humanos:

El control de convencionalidad está suponiendo que el material controlante es jurídicamente superior al controlado. Solamente así se explica que el primero pueda provocar la inaplicación, si es inconvencional, del segundo.<sup>47</sup>

No obstante, esta idea causa muchas dificultades en sistemas que en los hechos no reconocen esa primacía, como el mexicano.

Por mucho tiempo, para determinar qué norma se debe aplicar en México, la respuesta se dio a partir de interpretaciones al artículo 133 constitucional, que dispone:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a

---

<sup>44</sup> Sin embargo, sobre una perspectiva sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH, *Cfr*: García Ramírez, Sergio, “Las facultades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 16 de noviembre de 2011, recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=gfa2vidXSQ8>.

<sup>45</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011, p. 56, fue ponente el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

<sup>46</sup> Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, tr. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p.14

<sup>47</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 41, p.390.

dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

De este modo, los planteamientos que se realizaban para resolver qué norma era jurídicamente superior, partían de una idea de *jerarquía normativa* entre constitución, tratados internacionales, leyes federales y demás normas, ubicando a unas y otras en diversas posiciones jerárquicas dentro del sistema jurídico mexicano, principalmente a los tratados internacionales: unas veces se les ubicó en el mismo nivel que las leyes federales y por debajo de la Constitución; en otras se les ubicó por encima de las leyes federales y locales, pero en un segundo plano respecto de la Constitución. Estas posturas sobre la posición de los tratados internacionales eran especialmente importantes porque definían la forma en que el país incorporaba el derecho internacional de los derechos humanos al sistema jurídico nacional.

Esta idea de jerarquía normativa en tratándose de derechos humanos, había llegado a su fin con la contradicción de tesis 293/2011 resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la cual se propuso y aprobó abandonar la idea del “criterio jerárquico” entre Constitución y demás normas y se estableció que cuando un tratado internacional forma parte del ordenamiento jurídico nacional, resulta irrelevante la fuente u origen de un derecho humano, pues ahora las relaciones entre unas y otras normas “se articularán de manera que se prefiera aquellas cuyo contenido proteja de manera más favorable a su titular atendiendo para ello al principio pro persona.”<sup>48</sup>

Por lo que hace al *material controlado* o sujeto a revisión por órganos jurisdiccionales mexicanos, la Suprema Corte de Justicia en México, al

---

<sup>48</sup> Cfr. “Derechos Humanos reconocidos tanto por la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, como en los tratados internacionales. Para determinar su contenido y alcance debe acudir a ambas fuentes, favoreciendo a las personas la protección más amplia.” En Tesis 1ª./J.29/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 17, t. 1, Abril de 2015, p.240.

resolver el expediente Varios 912/2010, no estableció limitantes. Así lo ejemplifica el criterio que dispone:

(..) Puede ejercerse no sólo respecto de normas generales, lo cual generaría su inaplicación, sino que es factible jurídicamente realizarlo respecto de cualquier actuación u omisión del Estado: actos y hechos.<sup>49</sup>

De modo que con la autorización para realizar “control interno de la convencionalidad”, tanto abogados como judicantes empezaron a promover y a resolver “control *difuso* de la convencionalidad” y al no haberse excluido entre unas y otras normas internas, se entendió que se podía sujetar a revisión tanto a la constitución como la jurisprudencia nacional.<sup>50</sup> Era coherente ésa pretensión, la simple denominación de esta figura supone que el Pacto de San José se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico.

En los hechos así sucedió con la jurisprudencia: fue el caso del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, quien en un amparo directo relativo a la destitución de un servidor público, sin que se le hubiera sido solicitado, es decir *ex officio*, determinó inaplicar la jurisprudencia 2ª/J.119/201<sup>51</sup>, porque a su juicio contradecía los artículos 1º y 2º del Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación.

No obstante, contrario a lo que significa un verdadero control de convencionalidad, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al conocer en revisión la sentencia impugnada de dicha determinación, dijo que con aquella conducta se había desobedecido la

---

<sup>49</sup> Tesis IV.3º.A.11.K (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, t. 2, Diciembre de 2012, p.1305.

<sup>50</sup> Sagües, Néstor Pedro, “El ‘control de convencionalidad’ en particular sobre las constituciones nacionales”, *La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 2009-B, núm 35, 2009, pp. 1-4.

<sup>51</sup> Del rubro “Seguridad pública. Para determinar los conceptos que deben integrar la indemnización establecida en el artículo 123, apartado B, fracción XII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no es aplicable supletoriamente, la Ley Federal del Trabajo”.

obligación de acatar la jurisprudencia, que no tenía facultades de reinterpretación, ni tampoco de desaplicación de jurisprudencia. Los razonamientos empleados son muy interesantes:

(...) no está por demás señalar que esta práctica de desaplicar la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación no está autorizada en ninguna disposición legal.

Consecuentemente, si existe jurisprudencia del Máximo Tribunal exactamente aplicable al caso, los órganos jurisdiccionales obligados a cumplir con la jurisprudencia emitida por este Alto Tribunal carecen de atribuciones para reinterpretar su contenido, pues uno de los derechos fundamentales que ante todo debe observar el juzgador es precisamente la seguridad jurídica que tutelan los artículos 14 y 16 constitucionales, la cual se haría nugatoria si la obligatoriedad de la jurisprudencia dependiera de lo que en cada caso determinaran los órganos jurisdiccionales que por disposición legal tienen el deber de acatarla.

(...)

Por tanto, resulta inaceptable que cada uno de esos órganos jurisdiccionales, en lugar de preservar la unidad de la interpretación de las normas que conforman el orden jurídico nacional mediante la observancia de la jurisprudencia, desconozcan su contenido como si a ellos les correspondiera interrumpir, corregir o desaplicar los criterios que contenga

(...)

Y para no dejar dudas sobre la inconformidad de la Corte con la conducta oficiosa de aquel Tribunal Colegiado, determinó en su resolutive Tercero, dar vista al Consejo de la Judicatura Federal, porque la conducta de los Magistrados fue notoriamente inepta y descuidada, además de haber incumplido disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relacionadas con su servicio público. Más de dos años después, emitió la jurisprudencia P./J.64/2014<sup>52</sup>, que confirmó el criterio empleado al resolver el

---

<sup>52</sup> Del rubro “Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. No es susceptible de someterse a control de constitucionalidad y/o de convencionalidad ex officio por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía”. *Cfr.* Tesis P./J.64/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Decima Época, Libro 13, Tomo I, Diciembre de 2014, p.8.

referido caso, con lo que estableció una limitante respecto del material que se puede revisar mediante el llamado control interno de convencionalidad, aun cuando es posible advertir que a aquel tribunal le asistía la razón, pues la jurisprudencia que inaplicó transgrede derechos fundamentales.

Bajo el amparo de esta nueva teoría, también se quiso someter a control a la constitución; sin embargo, nuevamente y contrario a lo que en rigor significa control de convencionalidad o a un control cuyo parámetro los son los derechos humanos, la Suprema Corte de Justicia resolvió que los preceptos constitucionales no pueden ser sometidos a un análisis de regularidad constitucional a través del juicio de amparo y que sus preceptos deben considerarse “inmunes a cualquier tipo de control jurisdiccional”, con lo que se estableció otra limitante al material controlado, así lo corrobora el criterio jurisprudencial del rubro siguiente:

Control de constitucionalidad. No puede realizarse respecto de los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>53</sup>

Y para no dejar duda si con motivo de la introducción del llamado control *ex officio* de convencionalidad es posible revisar la regularidad de la constitución, es decir si la Carta Magna puede ser *material controlado*, al conocer del amparo directo 30/2012<sup>54</sup> resolvió que derivado de los artículos primero y ciento treinta y tres, de dicho ordenamiento, la Constitución “(...) mantiene su condición de supremacía o prevalencia respecto de cualquier tratado internacional, incluso cuando su materia es la de los derechos humanos”, pues aun cuando el último dispone el goce de derechos fundamentales previstos en tratados internacionales ordena también que esto es “en los casos y bajo las condiciones que la propia constitución establece”.

---

<sup>53</sup> Tesis 2ª./J.3/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, t. II, Febrero de 2014, p.938.

<sup>54</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo 30/2012, fue ponente el Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Cfr. <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=139289>



La concepción de Supremacía Constitucional que judicialmente era reconocida en México antes de la teoría del control de la convencionalidad, se ha mantenido plenamente en México después de ella, con lo que se niega la posibilidad de ejercer un verdadero control de convencionalidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha insistido en que la constitución no puede ser objeto de ningún tipo de control, sea constitucional o sea convencional, aún con los nuevos criterios normativos que derivaron de la reforma constitucional de junio de 2011.<sup>55</sup>

Recientemente, al resolver la constitucionalidad del arraigo —un tema cuya adecuación a derechos humanos es seriamente cuestionada— el Ministro Presidente Juan Silva Meza, introdujo un razonamiento interesante que permite explicar porque como afirmaba Kelsen, “La competencia del tribunal constitucional se detiene ante una ley de revisión de la Constitución (...)”<sup>56</sup> el Ministro dijo:

(...) no es que a uno le satisfaga o le parezca lo mejor este tipo de restricciones a la libertad pero están establecidas en la Norma Suprema de este país, que es la que a su vez permite la existencia de las convenciones y la celebración de los tratados internacionales en todas las materias.<sup>57</sup>

Así, en dicha resolución se expuso que el arraigo, al estar previsto en la Constitución no puede ser inconstitucional. Aun cuando lo anterior pareciera tautológico, en realidad permite explicar que una norma pueda ser perfectamente constitucional pero al mismo tiempo inconvencional. Esta aparente contradicción invita más bien a una reflexión multidisciplinaria de la

---

<sup>55</sup> “(...) derivado de la parte final del primer párrafo del propio artículo 1º constitucional, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”, véase en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011, fue ponente el ministro Arturo Zaldivar Lelo de Larrea.

<sup>56</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 46, pp. 76 y 77.

<sup>57</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 1250/2012, sesión de 14 de abril de 2015, al 31 de mayo sólo fue posible consultar la versión taquigráfica. *Cfr.* [https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver\\_taquigraficas/14042015PO.pdf](https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/14042015PO.pdf)

naturaleza de las normas, que en el caso de las constitucionales es política y no jurídica, son el producto de un “acto político creador del orden jurídico”<sup>58</sup>, de modo que no es posible sujetarlas a control.

No es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación inadvierta la irregularidad de una norma respecto de otra, sino que más bien reconoce que la validez de este tipo de normas debe depender de la voluntad del legislador y por tanto no quiere aventurarse a invalidar a “La Norma Fundamental”, que establece su competencia y en cualquier momento podría suprimirla.

En cambio, ejercer “control de la convencionalidad” desde el ámbito interno sí es posible cuando se ha dispuesto la primacía del derecho internacional, es decir, se establece que el derecho convencional ha de ser el parámetro de la regularidad de todas las normas estatales, incluida por supuesto la Constitución.<sup>59</sup> En Francia, por ejemplo, se habla de control de la convencionalidad válidamente, el artículo 55 de su Constitución ha dispuesto la superioridad de los tratados sobre sus leyes;<sup>60</sup> sin embargo, es de destacarse que se distingue entre *leyes* y *constitución*, de modo que aun cuando sus jueces ordinarios pueden ejercer control de la convencionalidad, tan sólo su Consejo Constitucional es el encargado de realizar control de la constitucionalidad.

En el caso del ámbito interamericano, hacia donde se ha dirigido el mensaje de la Corte IDH, tan sólo 3 de los 21 países que han reconocida la competencia a esa Corte se da un rango supraconstitucional a los tratados

---

<sup>58</sup> Mendoza López, Baldomero, *El control de la Constitucionalidad de la omisión legislativa*, EDICSA, México, 2010, pp. 40 y 41.

<sup>59</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 56, p.34.

<sup>60</sup> “ARTICULO 55. Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”. *Cfr.* [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/constitution-espagnol\\_juillet2008.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/constitution-espagnol_juillet2008.pdf)

internacionales,<sup>61</sup> de modo que sólo en esos casos sería posible un ejercicio de control como el que ha solicitado la Corte Interamericana.

Por tanto, no obstante el gran recibimiento que tuvo la teoría del control de la convencionalidad en México y de la autorización para inaplicar normas que consideren contrarias a derechos humanos —como si en realidad se estableciera la primacía de los derechos humanos, con independencia de su fuente,— lo cierto es que el verdadero parámetro de validez de todos los actos sujetos a revisión lo es la Constitución Federal, reafirmando su carácter de norma “suprema” “soberana” o “independiente” de la cual no es posible afirmar su validez ni su invalidez.<sup>62</sup>

Así, se establece un nicho de muy difícil implementación para el llamado control de convencionalidad cuando en los hechos no se da primacía al ordenamiento internacional, como sucede en México. En los hechos, aun cuando se dijo que se abandonaba el criterio jerárquico para elegir a la norma aplicable en tratando de conflictos de derechos humanos y que se debía atender a la norma que otorgara mayor beneficio a la persona, este criterio tan sólo fue aparente, pues enseguida se precisó que cuando la Constitución prevea restricciones al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que ella disponga,<sup>63</sup> con lo que en realidad tan sólo se exhibe “la incongruencia que significa (...) sostener que el derecho comunitario tiene primacía, pero al mismo tiempo, establecer su sumisión a los parámetros constitucionales internos en materia de derecho humanos, cosa que en los

<sup>61</sup> Castilla Juárez, Karlos, “¿control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XIII, 2013, p. 82, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/13/art/art2.pdf>.

<sup>62</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, nota 8, p.104.

<sup>63</sup> Según se corrobora de la tesis “Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de la regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional” *Cfr.* Tesis P./J.20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 5, t. I, Abril de 2014, p.202.

hechos significa, en casos concretos, eludir la primacía inicialmente descrita”<sup>64</sup>

### **Característica *ex officio* del “control difuso de la convencionalidad” en México**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el llamado control difuso de la convencionalidad debe ejercerse *ex officio*. Es decir, sin que sea necesario que las partes se lo soliciten. En México ¿un juez debe esperar a que se lo requieran o puede hacerlo *motu proprio*?

La modalidad *ex officio* tiene pleno sentido en el ejercicio de control que realiza aquel tribunal internacional, básicamente porque su competencia es la verificación de que los hechos puestos a su consideración sean acordes a derechos humanos; sin embargo, no sucede lo mismo con los órganos nacionales, pues 1) se encuentran sujetos al principio de estricto derecho, 2) no todos los órganos jurisdiccionales cuentan con facultades de revisión de normas, 3) no todos los órganos tienen competencia para resolver la adecuación de actos con derechos humanos.

En México, el Poder Judicial de la Federación como órgano con facultades exclusivas en la vía jurisdiccional para garantizar a los derechos humanos, se encontraba sujeto al principio de *estricto derecho*, pues tenía la obligación “de estudiar única y exclusivamente los aspectos de inconstitucionalidad planteados por el quejoso en los conceptos de violación de la demanda, sin poder hacer consideraciones no hechas valer en aquellos,”<sup>65</sup> es decir, no podía realizar “libremente el examen de acto

---

<sup>64</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.* nota 41, p. 411.

<sup>65</sup> Silva Ramírez, Luciano, *El Control Judicial de la Constitucionalidad y el Juicio de Amparo en México*, México, Ed. Porrúa, 2008, p.243.

reclamado ni de la resolución recurrida”<sup>66</sup>, salvo en los casos en que el legislador ha considerado una posición especial de vulnerabilidad por cuanto hace al juzgamiento de determinadas situaciones y sujetos, en las que el tribunal puede suplir la deficiencia de los planteamientos de esas partes, conforme al principio de *suplencia de la queja deficiente*.

El principio de estricto derecho se incorporó al ámbito mexicano como una excepción, pero al paso del tiempo se volvió una regla, de modo que desde el año 1897, el Código Federal de Procedimientos Civiles, a la vez que estableció la obligación de expresar el *concepto de violación*, dispuso la imposibilidad del órgano de amparo de alterar los hechos expuestos en la demanda como en el concepto de violación formulado; hasta 1983, este principio disponía que:

Art.79 La Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales Colegiados de Circuito y los Juzgados de Distrito en sus sentencias, podrán suplir el error en que haya incurrido la parte agraviada al citar la garantía cuya violación reclame, otorgando el amparo por la realmente aparezca violada; *pero sin cambiar los hechos o los conceptos de violación expuestos en la demanda.*

Énfasis propio

Si bien la actual Ley de Amparo básicamente traslada el anterior artículo 79 al actual 76, manteniendo el principio de estricto derecho, lo cierto es su actual redacción limita su aplicabilidad, al ampliar los supuesto para la suplencia de la queja, tan es así que la fracción VII dispone que se deberá suplir la deficiencia de los conceptos de violación y agravios “en cualquier materia, en favor de quienes por sus condiciones de pobreza o marginación se encuentren en clara desventaja para su defensa en el juicio”.

Este principio, hace más de cincuenta años era ya visto como un obstáculo que presentaba la ley a la buena administración de justicia:

---

<sup>66</sup> <https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/EL%20PRINCIPIO%20DE%20ESTRICTO%20DERECHO%20EN%20EL%20JUICIO%20DE%20AMPARO.pdf>

Frente a los numerosos casos de amparos deficientes, el juzgador nada puede hacer, espectador inerte del drama que ante sus ojos se desarrolla<sup>67</sup>

El Ministro Felipe Tena Ramírez, decía inaceptable mantener en el juicio de amparo un elemento ajeno que lo desnaturaliza y repugna a su esencia<sup>68</sup>, viendo el absurdo que significaba que el juzgador tuviera que atender a que se le presentara un plan de defensa cumplidamente elaborado, para garantizar o no a la Ley Suprema, y que el juzgador sólo puede aprovechar si le satisface, ya que en ningún caso puede enmendarlo ni completarlo.<sup>69</sup>

La característica *ex officio* proveniente de la Corte IDH parece corroborar el pensamiento de Felipe Tena y con él, la invitación a abandonar el principio de estricto derecho en el juicio de amparo, que aun con un mínimo alcance se mantiene en la Ley vigente.

Una vez conocido el contexto nacional, para dar respuesta a la interrogante formulada sobre si un juez mexicano debe ejercer control de convencionalidad *ex officio*, o bien, se encuentra imposibilitado para hacerlo cuando no se lo pidan, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el expediente Varios 912/2010, sencillamente repitió lo dicho por la Corte IDH, y determinó:

Los Jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.<sup>70</sup>

Que sea *ex officio* se refiere a que no es necesario que a un juez mexicano se le pida realice esta actividad, sino que él, de su propia iniciativa lo debe hacer. Sobre esta circunstancia, la Corte mexicana ha dicho:

La expresión *ex officio* no significa que siempre y sin excepción, los jueces deban hacer obligatoriamente el control de constitucionalidad de los derechos

---

<sup>67</sup> Tena Ramírez, Felipe, El amparo de estricto derecho: orígenes, expansión, inconvenientes, p. 9, Cfr. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/13/dtr/dtr1.pdf>

<sup>68</sup> Ibidem, p.24.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>70</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolución al expediente varios 912/2010, supra nota 5, parr. 22.

contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; dicha expresión significa que ese tipo de control lo pueden hacer por virtud de su cargo de jueces, aun cuando: 1) no sean jueces de control constitucional; y, 2) no exista una solicitud expresa de las partes.<sup>71</sup>

A partir de lo anterior, en la práctica, aparentemente se abandona el principio de estricto derecho en favor de la suplencia de la queja deficiente, como se evidencia con la jurisprudencia IV.2°.A.J/6 (10ª.), de cuyo contenido resulta relevante lo siguiente:

(...) En ese sentido, la suplencia de la queja deficiente encuentra fortalecimiento dentro del juicio de garantías, pues a través de ella el Juez puede analizar por sí una violación no aducida y conceder el amparo (...) Así, las reformas comentadas posibilitan ampliar su ejercicio, por lo que cuando en el conocimiento de un juicio de amparo la autoridad advierta la presencia de un acto que afecta los derechos fundamentales del quejoso, podrá favorecer el estudio de la violación y la restauración de los derechos conflagrados, por encima de obstáculos derivados de criterios o interpretaciones sobre las exigencias técnicas del amparo de estricto derecho, como la no impugnación o la impugnación inoportuna del acto inconstitucional (...)<sup>72</sup>

No obstante la determinación asumida al resolver el expediente Varios 912/2010 en el sentido de que se debía ejercer *ex officio* control de la regularidad normativa, esta modificación tan sólo fue *aparente y temporal*, pues en el 2012 se empezó a observar que se abandonaba aquella determinación. Así un tribunal colegiado emitió una tesis en la que dispuso que si no se pedía el control de convencionalidad, no era posible efectuar una declaratoria de inconvencionalidad o inaplicar norma alguna,<sup>73</sup> pero el revés definitivo vino de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien resolvió en

---

<sup>71</sup> Tesis 1ª.CCCLX, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, t. 1, Diciembre de 2013, p.512.

<sup>72</sup> Tesis IV.2°.A.J/6, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t.2, Libro XX, mayo del 2013, p.1031.

<sup>73</sup> Tesis IV.3°.A.19 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t.2, Libro XV, diciembre del 2012, p.1301.

abril de 2015, que los órganos del Poder Judicial de la Federación no pueden realizar *ex officio* control de convencionalidad de normas sustantivas<sup>74</sup>, sino tan sólo de normas procesales con las cuales actúa, con lo cual le dio la razón a aquel tribunal colegiado y con ello retoma la idea del estricto derecho que apenas había abandonado. Es de advertirse que esta restricción se hizo a los órganos del Poder Judicial de la Federación, a quienes en realidad les compete el control de la constitucionalidad y de la convencionalidad.

### **Órganos encargados de ejercer “control difuso de la convencionalidad” en México**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos si bien ha dicho que el control de la convencionalidad se debe ejercer “*ex officio*” ha reconocido también que éste debe ser “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Atento a los presupuestos anteriores, en México, ¿Quién está facultado para ejercer control interno de convencionalidad?

La Suprema Corte de Justicia de la Nación había sostenido que la competencia de verificar la regularidad normativa se encontraba asignada únicamente al Poder Judicial de la Federación, como lo demuestra el siguiente criterio:

Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo directo en revisión 1046/2012. A mayo de 2015 el expediente no cuenta aún con engrose, de modo que tan sólo fue posible consultar las versiones taquigráficas. Las sesiones fueron los días 6, 7 y 16 de abril de 2015, consultables todas en el vínculo: [https://www.scjn.gob.mx/pleno/paginas/ver\\_taquigraficas.aspx](https://www.scjn.gob.mx/pleno/paginas/ver_taquigraficas.aspx).

<sup>75</sup> Tesis P.J./73/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, T. X, agosto de 1999, p.18. Del contenido siguiente: “La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una



Dicho Poder cuenta con un marco procesal que reglamenta cómo se debe tramitar el amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. De modo que es de pensarse que si el Poder Judicial de la Federación cuenta con la competencia y con las regulaciones procesales correspondientes para ejercer control de la regularidad normativa, a él correspondía el control de la convencionalidad y en todo caso, de aceptarse esta teoría, quienes no estuvieran autorizados para realizar el control de la regularidad normativa, deberían remitir la cuestión de inconvencionalidad al órgano habilitado para hacerlo.<sup>76</sup>

Sin embargo, para sorpresa de todos, la respuesta sobre quiénes pueden realizar control de la convencionalidad en México supuso un cambio paradigmático en el modelo de control de la constitucionalidad, pues como mostré, antes esa función se encontraba reservada al Poder Judicial de la Federación. Con la resolución al expediente referido, se dispuso que ahora todos los jueces del Estado mexicano deben realizar control de convencionalidad en un modelo de control difuso de la constitucionalidad. Es decir, se transitó de un modelo de control hasta entonces concentrado en el Poder Judicial de la Federación, a uno difuso en todos los jueces del país. Así lo confirma la resolución al expediente Varios 912/2010:

31. El parámetro de análisis de este tipo de control *que deberán ejercer todos los jueces del país*, se integra de la manera siguiente:  
(...)

Énfasis propio

---

facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa expreso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación”.

<sup>76</sup> Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.* nota 41, p.387.

El cambio fue real. En la Suprema Corte de Justicia de la Nación se solicitó la modificación de las jurisprudencias que venían determinando un sistema concentrado de control de la constitucionalidad<sup>77</sup>.

De tal suerte que para la Suprema Corte, en México subsisten ahora dos modelos de control de la convencionalidad: el concentrado, a cargo del Poder Judicial de la Federación, al cual se accede por medio de “vías directas” (acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto) y el segundo, uno difuso en el resto de los jueces del país, al cual se accede en forma incidental dentro de los procesos ordinarios de los que son competentes.<sup>78</sup> Distribución que a su criterio permite hacer acorde un modelo de control de convencionalidad interno con el modelo de control de la regularidad establecido constitucionalmente.

La diferencia entre los órganos que integran el Poder Judicial de la Federación respecto del resto de órganos jurisdiccionales, como lo son los jueces locales de los Tribunales Superiores de Justicia de las entidades federativas, radica básicamente en la vía mediante la cual se ejerce el control y los efectos que pueden dar a sus resoluciones.

La verdadera novedad es que *ahora* todos los órganos jurisdiccionales pueden ejercer control de la regularidad normativa. Sin embargo, esta inexplicable atribución a *todos* los jueces de revisar *ex officio* la convencionalidad de las normas que aplican, parece soslayar un sinnúmero de disposiciones a que se encuentran sujetos los órganos jurisdiccionales a lo largo del país, que cuentan con competencias muy diversas a la protección de los derechos humanos y donde no siempre se justifica la *suplicia de la queja*,

---

<sup>77</sup> Cfr. Solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>78</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, expediente Varios 912/2010, supra nota 5 párrs. 34 y 36.

pues en realidad se rigen por el principio procesal dispositivo,<sup>79</sup> conforme al cual el juzgador se encuentra circunscrito a los planteamientos que las partes hayan formulado en sus respectivos escritos (de demanda, de contestación, de tercería, de informe justificado, etcétera), es decir, a ellos corresponde la fijación del objeto del proceso e instar al órgano jurisdiccional para que se analice determinada cuestión a través de él, todo bajo el amparo del principio de legalidad con el cual sólo pueden hacer lo que les está expresamente permitido, encontrando limitantes para ejercer esta nueva actividad en las legislaciones que les corresponde aplicar. Así, por ejemplo, el artículo 1327, del Código de Comercio, dispone:

Artículo 1327.- La sentencia se ocupará exclusivamente de las acciones deducidas y de las excepciones opuestas respectivamente en la demanda y en la contestación.

A su vez, el artículo 1.195, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México:

Artículo 1.195.- Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas, las contestaciones y las demás pretensiones deducidas por las partes; deberán ocuparse exclusivamente de las personas, cosas, acciones y excepciones que hayan sido materia del juicio, decidiendo todos los puntos litigiosos. Cuando éstos hubieran sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos

La jurisprudencia VI.2º.C.j/218 y la tesis siguientes:

Sentencia incongruente. Es aquella que introduce cuestiones ajenas a la Litis planteada o a los agravios expresados en la apelación.

El principio de congruencia en una sentencia de primer grado consiste en que debe dictarse en concordancia con lo reclamado en la demanda y la contestación, y en la de segunda instancia, en atender exclusivamente los agravios expresados por el apelante, o los apelantes, (...) existe incongruencia en una resolución cuando se introducen en ésta elementos ajenos a la litis

---

<sup>79</sup> Véase Vescovi, Enrique, “Los principios procesales en el proceso civil latinoamericano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número 40, 1981, p.230, Cfr: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/40/art/art8.pdf>.

(alguna prestación no reclamada, una condena no solicitada), o bien, cuando el tribunal de alzada aborda el estudio de cuestiones no planteadas en la demanda, o en la contestación de ella, o que no fueron materia de la apelación (...).<sup>80</sup>

Sentencias no deben resolver cuestiones ajenas a la Litis

(...) es claro que si la Sala responsable al emitir el fallo reclamado se ocupa de una cuestión que no fue planteada por las partes, ni como acción ni como excepción y con base en ella resuelve el juicio, tal fallo resulta violatorio de garantías y debe ampararse para que aquélla resuelva sin rebasar la litis y conforme a los agravios expuestos.<sup>81</sup>

Es posible plantear que todas estas disposiciones no se ven alteradas con la obligación de ejercer control de convencionalidad, porque en realidad lo que se modifica es el derecho aplicable, no así los hechos y pruebas que se confrontan en un proceso, de modo que lo que sucede es una variación o vertiente al principio *iura novit curia*, ahora los jueces “conocen el derecho y la jurisprudencia convencional”<sup>82</sup>

No comparto esta postura porque a mi consideración, mientras no se haya resuelto que una norma es irregular, conserva plenamente su validez y por tanto debe ser aplicada. Cuando en un proceso ordinario de mera legalidad se resuelve sobre la regularidad de una norma, que goza del principio de regularidad normativa, lo que en realidad sucede es que se plantea una *Litis* diversa y adicional a la debatida por las partes y que amerita un proceso independiente.

De cualquier modo tan sólo fue aparente la novedad de que *todas* las autoridades deben ejercer ex officio control de la convencionalidad, porque con posterioridad se dispuso que el Poder Judicial no puede ejercerlo respecto

<sup>80</sup> Tesis VI.2º.C.J/218, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XV, Enero de 2002, p.1238.

<sup>81</sup> Tesis, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XII, Diciembre de 1993, p.963.

<sup>82</sup> Ferrer MAC-Gregor, *op. cit.*, nota 9, p.144.

de normas sustantivas, dejándose en los jueces ordinarios la verdadera posibilidad de revisar que las normas que aplican sean constitucionales o convencionales.

Sin embargo, la propia jurisprudencia que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación nulifica en los hechos aquella posibilidad, pues en el criterio jurisprudencial de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del rubro “Control difuso. Su ejercicio en el juicio contencioso administrativo”<sup>83</sup> dispone que debido a que la atribución de los órganos distintos al Poder Judicial de la Federación es de mera legalidad, en cuyo caso los planteamientos de constitucionalidad o convencionalidad no integran la Litis, aun cuando se le solicite a esas autoridades que analicen determinados conceptos respecto de la regularidad normativa de una norma, si consideran que no existe tal irregularidad “basta que mencione que no advirtió violación alguna de derechos humanos” con lo cual se estimará que realizó control difuso de convencionalidad y respetó el principio de exhaustividad que rige el dictado de la sentencias. Criterio que apenas dos años antes, debido a la teoría del “control interno de convencionalidad,” había llevado a sostener el criterio diametralmente contrario, como lo muestra la jurisprudencia del rubro “Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Está obligado a efectuar el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad”<sup>84</sup>

Es decir, a los órganos jurisdiccionales distintos a quienes integran el Poder Judicial de la Federación, no les impone en realidad el deber de agotar los planteamientos de convencionalidad o constitucionalidad que las partes formulen, aun cuando sean ya sólo ellos quienes pueden revisar las normas sustantivas que aplican al resolver los procedimientos de los que conocen.

---

<sup>83</sup> Tesis 2ª./J.16/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t.1, abril de 2014, libro 5, P.984.

<sup>84</sup> Tesis XXX.1º.1ª (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t.2, Libro XI, agosto de 2012, P.2016.

Parece ser que en los hechos, aquel Poder Federal, se está devolviendo y limitando las facultades que había determinado compartir.

También se cuestionó si no sólo todos los jueces debían ejercer control de convencionalidad, preguntándose si estaba todas las autoridades mexicanas estaban habilitadas para ello. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que tan sólo las autoridades jurisdiccionales pueden ejercerlo, excluyendo a las autoridades administrativas. Con lo que se formó el criterio del siguiente rubro:

Control constitucional concentrado o difuso. Las autoridades administrativas no están facultadas para realizarlo<sup>85</sup>

De modo que en México se trata de un control *jurisdiccional* de la convencionalidad, y dentro del ámbito jurisdiccional transitó de un modelo concentrado a uno difuso; no obstante que la Corte IDH ha dicho en sus pronunciamientos que el control de la convencionalidad corresponde al Poder Judicial, a órganos jurisdiccionales o ha dicho también, con toda claridad, que es deber de todas las autoridades y órganos de los Estados, como lo hizo en el caso Gelman contra Uruguay.

Sobre el resto de las autoridades no contempladas para realizar este control, la Suprema Corte de Justicia de la Nación dijo que “(...) en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas”<sup>86</sup>.

Es de notarse que si bien se manifestó que las autoridades no jurisdiccionales no pueden inaplicar normas, porque esto significaría desatender requisitos de procedencia para interponer un medio de defensa y

<sup>85</sup> Tesis 2ª.CIV/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 11, Octubre de 2014, t. I, p.1097.

<sup>86</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, expediente Varios 912/2010, supra nota 5, párr. 35.

que deben cumplirse de manera previa a un pronunciamiento de fondo; lo cierto es que lo mismo sucede con las autoridades jurisdiccionales distintas al Poder Judicial de la Federación, quienes al no tener un procedimiento establecido para juzgar sobre la constitucionalidad o convencionalidad de una norma, desatienden un sinnúmero de requisitos procesales: por ejemplo, en los casos en que se ha resuelto inaplicar una norma por ser contraria a tratados internacionales, no se ha llamado a juicio a la autoridad emisora de la norma; tampoco a la contraparte a quien le beneficia que se mantenga la convencionalidad de la norma desaplicada; no existe un procedimiento para realizarlo, ni la oportunidad de probar la constitucionalidad o de la propia norma inaplicada, entre otros.

Como es posible advertir, unos y otros órganos jurisdiccionales se encuentran llamados a ejercer control de la convencionalidad en un marco de reglas que únicamente faculta a unos cuantos. No es para menos, la modificación del sistema de control de la constitucionalidad exigía haber tomado en cuenta un sinnúmero de arreglos legales para el correcto funcionamiento de una figura de tal naturaleza.

### **Efectos del “control interno de la convencionalidad” en México**

Derivado del deber que tienen los jueces mexicanos de realizar un examen de compatibilidad entre actos internos y los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano ¿qué efectos puede tener el llamado control de convencionalidad?

Primeramente, mediante el ejercicio de esta operación jurídica, a diferencia del control que realiza la Corte Interamericana, un juez nacional no puede determinar la responsabilidad internacional de su Estado. Atento a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisó que si bien todos los jueces están obligados a preferir los derechos humanos sobre disposiciones

en contrario establecidas en cualquier norma inferior, lo cierto es que no todos pueden emitir una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que encuentren irregulares, efectos reservados a los órganos del Poder Judicial de la Federación.

De modo que sobre la base de las competencias que el Poder Judicial ya tenía atribuidas para ejercer control de la constitucionalidad, otorgó facultades a los demás órganos jurisdiccionales para ejercer control difuso de la convencionalidad.

Así, por lo que hace al Poder Judicial de la Federación los efectos del control dependerán del medio por el cual se analice la regularidad normativa. En tratándose de *controversias constitucionales*, conforme al procedimiento previsto en la fracción I, del artículo 105 del Pacto Federal, el control puede tener por efecto declarar la invalidez de la disposición general impugnada, la cual podrá tener repercusiones sólo para las partes en controversia o efectos generales, dependiendo del número de votos con el que se apruebe la resolución respectiva.

Por lo que hace a las *acciones de inconstitucionalidad*, previstas en la fracción II del artículo en comento, su efecto podrá ser declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que alcancen también una votación mayoritaria de cuando menos ocho votos.

En lo que respecta al juicio de amparo, previsto en el artículo 107 de la Constitución mexicana, el efecto al resolver la irregularidad del acto sujeto a revisión será la inaplicación al caso concreto, se ocupará, —dice la Constitución—, a limitarse a amparar a los quejosos que hayan accionado este medio. No obstante, en tratándose de normas generales, a excepción de la materia tributaria, cuando se haya establecido jurisprudencia por reiteración, podrá emitir la declaratoria general de inconstitucionalidad, cuando la votación alcance una mayoría de cuando menos ocho votos.



La novedad, en este rubro del control interno de la convencionalidad se refiere a los efectos pueden dar el resto de las autoridades jurisdiccionales distintas a las del Poder Judicial de la Federación, quienes, según la Corte mexicana, están en la posibilidad de inaplicar la ley o acto contrario a derechos fundamentales, cuando *interpretar conforme* no sea suficiente para superar la irregularidad de que adolezca el acto controlado.

Sobre esta atribución a todos los órganos jurisdiccionales, se ha dicho que aun cuando no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico a normas que consideren contrarias a derechos humanos, sí están obligados a dejar de aplicar estas normas.<sup>87</sup> En los hechos cuando un órgano jurisdiccional inaplica una norma, en realidad está declarándola irregular, sólo así se explica su inaplicación, por tanto están ejerciendo control de la constitucionalidad como el medio represivo que es, pues nulifican en los hechos disposiciones que estimen contrarias a derechos fundamentales, aun cuando previamente no hayan sido declaradas como tales.

### **¿Para qué el llamado control de convencionalidad en México?**

El mensaje que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enviado respecto da la finalidad que persigue esta nueva operación es probablemente el más constante y el que permite justificarla, pues ha dicho que se trata de que los efectos de las disposiciones de la CADH no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Con mayor claridad, en los últimos pronunciamientos en casos contenciosos ha dicho que se trata de garantizar los derechos contenidos en la Convención Americana.

---

<sup>87</sup> *Ibidem*, párrs. 28 y 29.

En México esa idea ha sido aceptada en sus términos, pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 2ª./J.123/2014<sup>88</sup>, de la Segunda Sala, dijo que el control de la convencionalidad persigue el *objetivo* de que “prevalezcan los derechos humanos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, frente a normas ordinarias que los contravengan”, es decir, que los actos y normas nacionales se ajusten a parámetros en materia de derechos humanos.<sup>89</sup>

Si sobre todas las demás características existen múltiples dudas, respecto del objetivo perseguido existe mayor claridad; de modo que a la luz de esta idea es sobre la cual debe juzgarse la implementación de la teoría del “control interno de convencionalidad.”

---

<sup>88</sup> Tesis 2a./J.123/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 12, Tomo I, Noviembre de 2014, p.859.

<sup>89</sup> *Cfr.* Ver también: Tesis I.6º.P.19, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XII, t. 3, Septiembre de 2012, p.2071.

## CAPÍTULO IV

### **El *real* y el *falso* control de convencionalidad: ¿en qué consistió en México?**

El control *interno* o *difuso* de convencionalidad fue un mensaje que en el transcurso de los años en los que ha transitado fue interpretado de tantas maneras como variaciones hubo sobre él, incertidumbre que se alimentó de los irregulares pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así lo confirma su “desarrollo” jurisprudencial que empezó en 2006.

No fue sino hasta marzo de 2013, cuando al resolver sobre la Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del caso Gelman Vs. Uruguay, en palabras de la propia Corte, consideró pertinente recordar “(...) determinados alcances de la obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad”.<sup>1</sup> El tribunal supranacional esperó mucho tiempo para aclarar de qué se trataba esta figura, porque para cuando lo hizo, en México ya se encontraba implementada. Pero, si hasta el 2013 la Corte Interamericana clarificó esta teoría ¿qué fue lo que implementó México en el 2011?

### **El control de convencionalidad según la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Fue finalmente en el referido caso de supervisión de cumplimiento Gelman Vs Uruguay cuando la Corte IDH precisó que esta figura, a que la se refirió como “el llamado control de convencionalidad”<sup>2</sup>, que se ha requerido a los Estados,

---

<sup>1</sup> Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, párrs. 58, 65-90.

<sup>2</sup> *Ibidem*, párr.70.

se trata de una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>3</sup>, y explicó que tiene dos formas de manifestarse, cuya diferencia entre una y otra depende si un Estado ha sido condenado por aquel tribunal supranacional o no.

*1) Cuando el Estado ha sido parte de un caso.*

Esta modalidad de control tiene lugar cuando la Corte IDH ha emitido una sentencia de cumplimiento obligatorio para un Estado, en cuyo caso resulta inadmisibles que las autoridades, con el pretexto de su derecho o prácticas internas, pretendan dejar sin efectos dicha resolución. Así, se pide se utilice el llamado “control interno de convencionalidad” y se aplique el derecho internacional de los derechos humanos para cumplir con la sentencia de que se trate. En esta modalidad se ha enfatizado en los casos cuyo cumplimiento corresponde a órganos jurisdiccionales, pues de ser el supuesto, ellos tienen la función de hacer prevalecer la normatividad internacional sobre la interna para cumplir con la sentencia.

*1.1) Sentencia del caso Radilla Pacheco, en la cual fue condenado el Estado Mexicano.*

Atento a esta modalidad, si el Estado Mexicano fue condenado en el caso Radilla Pacheco ¿cuáles son las obligaciones a su cargo,<sup>4</sup> en las que pudo haber empleado el llamado control de convencionalidad para cumplirlas?

---

<sup>3</sup> Idea que desde el 2010 Karlos Castilla Juárez ha venido sosteniendo, en el sentido de que lo requerido a los jueces nacionales no es propiamente un control de convencionalidad, sino aplicación de derecho internacional, interpretación conforme con los tratados. *Cfr* Castilla, Karlos, “El Control de la convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Vol. XI, 2011, p. 600, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/11/pim/pim20.pdf>.

<sup>4</sup> Corte IDH, caso Radilla Pacheco vs México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, puntos resolutivos 8-17.

En el cuadro siguiente es posible advertir las obligaciones que la Corte Interamericana dispuso para el Estado Mexicano, así como las determinaciones que para su cumplimiento realizó el Poder Judicial de la Federación:<sup>5</sup>

	Qué determinó la Corte IDH	Acciones de cumplimiento PJF
1	Conducir eficazmente la investigación y procesos de desaparición forzada de Rosendo Radilla, para determinar las responsabilidades correspondientes.	No corresponde al Poder Judicial de la Federación
2	Continuar la búsqueda de Rosendo Radilla o sus restos.	No corresponde al Poder Judicial de la Federación
3	Adoptar en un plazo razonable las reformas legislativas para hacer convencionales los artículos 57 del Código de Justicia Militar y 215 A del Código Penal Federal.	Deberá restringirse la interpretación del fuero militar en casos concretos
4	Implementar programas o cursos para el análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación a los límites de la jurisdicción militar y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada	El poder judicial de la Federación debe implementar medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco
5	Publicar la sentencia emitida por la Corte IDH.	No corresponde al Poder Judicial de la Federación
6	Realizar un acto público de reconocimiento internacional	No corresponde al Poder Judicial de la Federación
7	Realizar una semblanza de Rosendo Radilla Pacheco.	No corresponde al Poder Judicial de la Federación
8	Brindar atención psicológica a las víctimas del fallo que lo soliciten.	No corresponde al Poder Judicial de la Federación
9	Pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnización y reintegro de gastos y costas	No corresponde al Poder Judicial de la Federación
10		Los jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad <i>ex officio</i> en un modelo de control difuso de la constitucionalidad

<sup>5</sup>Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, expediente Varios 912/2010, resolución de 14 de julio de 2011, Considerando Sexto, [http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Varios\\_912\\_2010.pdf](http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Varios_912_2010.pdf).

Así, según lo dispuesto por el tribunal supranacional, en el presente caso el control de convencionalidad significaba que todas las autoridades encargadas de acatar las obligaciones emanadas de la sentencia del caso Radilla, no impidieran su cumplimiento *so pretexto* de prácticas o derecho interno y para impedir esa situación, usaran el citado control.

Por lo anterior, atento a la distribución de competencias asignada en México, al Poder Judicial de la Federación le correspondía implementar la acción identificada en el cuadro anterior con el número 4, es decir, las medidas administrativas de capacitación sobre la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en relación a los límites de la jurisdicción militar y el juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada, situación en la que no es posible advertir la necesidad del uso del llamado “control de convencionalidad.”

Adicional a lo anterior, si bien para cumplir con lo dispuesto en el punto 3, (hacer convencionales determinados artículos), se ordenó una reforma legislativa, atribución que corresponde a diverso poder, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que también le resultaba la obligación de restringir el uso del fuero militar y dispuso que en los casos concretos siguientes se debería realizar una interpretación conforme a lo ordenado por la Corte Interamericana. Sin embargo, lo cierto es que esta determinación se realizó en ejercicio de las facultades ordinarias de control de constitucionalidad que ya tenía el Poder Judicial de la Federación,<sup>6</sup> de modo que para dar cumplimiento a este aspecto y lograr el objetivo previsto tampoco fue necesario el uso de la institución del “control de convencionalidad”. Si

---

<sup>6</sup> Así lo dijo la Suprema Corte de Justicia de la Nación “(...) *le resultan obligaciones al Poder Judicial de la Federación. Particularmente, en el sentido de ejercer un control de constitucionalidad* en los términos precisados en el considerando anterior, sobre el artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, de modo tal que se estime incompatible con lo dispuesto en el artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo que a su vez otorga sentido interpretativo al artículo 13 de la Constitución Federal (...)” Énfasis propio. Cfr. *Ibidem*, párr. 38.

bien se advierten otras medidas de cumplimiento, aquellas correspondieron a los diversos Poderes del Estado Mexicano.

## 2) *Cuando un Estado no fue parte de un caso*

En esta modalidad el control de convencionalidad se proyecta como una obligación general de todas las autoridades estatales, dentro de las que se encuentran incluso los órganos democráticos, para que en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes, velen porque los derechos humanos sometidos a su jurisdicción sean respetados y garantizados, esto es, en la emisión y aplicación de normas, su validez y compatibilidad con la Convención, determinación, juzgamiento y resolución de casos concretos.<sup>7</sup>

2.1) El control de convencionalidad como “obligación” de todas las autoridades mexicanas de aplicar el derecho internacional de los derechos humanos

Si el control de convencionalidad, en palabras de la Corte Interamericana, es una institución para la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no queda duda de que se encuentra supeditado a la forma en que el Estado Mexicano ha dispuesto su recepción y por tanto no significa la obligación de realizar modificación alguna. Es aquel tribunal interamericano quien ha precisado que debe ejercerse en el ámbito de las competencias de todas las autoridades y de sus regulaciones procesales correspondientes, es decir, conforme al régimen de competencias establecido al interior de los Estados.

---

<sup>7</sup> Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, supra nota 1, parr. 69.

Significa un llamado a las autoridades nacionales para que conforme al sistema de competencias que tienen asignado protejan cuanto más les sea posible los derechos humanos. No significa, ni puede significar acción específica alguna, por el simple hecho de que la Corte Interamericana es una instancia que actúa atento a un procedimiento que tiene razón de ser en virtud de determinados hechos que se consideran incumplen con la obligación estatal de acatar el Pacto de San José y transgreden con ellos derechos humanos; en cuyo caso, se ordenarán medidas de reparación respecto de esos hechos en concreto.

Lo anterior se refuerza porque como he referido, aquel tribunal supranacional carece de competencia para modificar el sistema de control de la regularidad normativa que soberanamente se ha dispuesto al interior de un Estado, así como sobre la forma en que el derecho internacional ha de interactuar con el derecho nacional:

“(…) la primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción, correspondiendo al Estado y no al derecho internacional, decidir el modo más conveniente para cumplir con ella; sea a través de la incorporación directa de dichas normas o a través de normas internas que las reproduzcan”<sup>8</sup>

### **El control de convencionalidad implementado en México**

No obstante que como se advirtió, el cumplimiento de la sentencia del Caso Radilla Pacheco se limitaba para el Poder Judicial de la Federación a la capacitación sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de jurisdicción militar y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada y, a la restricción en casos concretos de la interpretación sobre el fuero

---

<sup>8</sup> Steiner, Christian, Uribe, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014, p. 50. Cfr. <https://www.scjn.gob.mx/libreria/Documents/ConvencionAmericanaSobreDerechos20141209.pdf>



militar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo una supuesta pero inexistente obligación, fue más allá de lo requerido e implementó un verdadero modelo de control de la regularidad normativa denominado “control de convencionalidad”, cuya novedad fue básicamente la atribución a todos los jueces de inaplicar normas. Para integrar este *modelo* al diverso de control de la constitucionalidad que ya existía, se habló de un “control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de la constitucionalidad”.

A criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, este nuevo medio de regularidad consiste en preferir la aplicación de normas de derechos humanos sobre aquellas que los contravengan, lo que se realizará mediante un contraste entre las disposiciones legales y las fundamentales, que tendrá por objeto determinar si las primeras se ajustan a las segundas.<sup>9</sup>

Según se advierte del párrafo 33 de la resolución al expediente Varios 912/2010, el control de convencionalidad supone los siguientes pasos:

1. La *interpretación conforme en sentido amplio*. Debiendo interpretar favoreciendo en todo momento la protección más amplia de derechos humanos.
2. La *interpretación conforme en sentido estricto*. Ante la existencia de varias interpretaciones jurídicamente validas, se deberá preferir la que hace a la ley acorde a los derechos humanos, y
3. *Inaplicación de una ley* cuando las alternativas anteriores no son posibles.<sup>10</sup>

Énfasis propio

---

<sup>9</sup> Tesis 1ª./J.36/2015, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, ubicada en publicación semanal, Décima Época, Mayo de 2015.

<sup>10</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, expediente Varios 912/2010, supra nota 2, párr. 33, plasmados además en la Tesis P.LXIX/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, t.1, Diciembre de 2011, p. 552.

A su vez, a estos tres pasos es posible decantarlos en dos actividades:

- 1) *Interpretación conforme* en sentido *amplio* e interpretación conforme en sentido *estricto*, e
- 2) *Inaplicación*.

Por lo que hace a la *interpretación conforme*, esta técnica se introdujo en el ordenamiento jurídico mexicano con motivo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 11 de junio de 2011. En el Dictamen del Senado de 7 de abril de 2010 que le precedió, se hacen importantes referencias sobre la finalidad y límites de este principio hermenéutico, en los siguientes términos:

Tomando en cuenta nuestros antecedentes constitucionales, este principio resulta el más adecuado para llevar a cabo una armonización del derecho doméstico con las disposiciones internacionales. En virtud del principio de interpretación conforme se da una aplicación subsidiaria del ordenamiento internacional con el objeto de llenar las lagunas existentes, sin que esto signifique, en ningún momento, la derogación o desaplicación de una norma interna.<sup>11</sup>

La interpretación conforme se trata de una técnica hermenéutica que implica que un precepto no debe declararse nulo mientras pueda interpretarse *conforme* a la Constitución u otro parámetro referente; cuando existen dudas sobre qué “lectura” de una norma se debe preferir, habrá de descartarse aquellas que no concuerdan con el objetivo propuesto,<sup>12</sup> es decir “se elija a

---

<sup>11</sup> Cámara de Senadores, Legislatura LXI, Gaceta del Senado, 7 de abril de 2010, n°113, P.14, *Cfr* <http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/1/2010-04-07-1/assets/documentos/gaceta.pdf>

<sup>12</sup> Se habla por ejemplo de interpretación conforme a la Constitución o interpretación conforme al derecho internacional. Aun cuando la resolución al expediente Varios 912/2010 establece que el referente para la interpretación conforme lo serán los derechos humanos, y el texto constitucional haga referencia a que las normas se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados de internacionales de la materia, una lectura de diversos criterios del Poder Judicial Federal permite advertir que realmente la interpretación conforme será con la constitución. Por ejemplo “Lo que persiguen dichos principios es que prevalezca la

aquella que mejor se ajuste a lo dispuesto por la Constitución”. Con la interpretación se mantiene además la unidad del sistema jurídico, al “salvar” la posible irregularidad de una norma sin que sea innecesario invalidarla.

Sin embargo, hay tres aspectos en los que quisiera enfatizar sobre la interpretación conforme, el primero se refiere a sus *límites*, el segundo a su *legalidad en México*, y el tercero a su *autonomía*.

Por lo que hace a los límites, esta técnica hermenéutica no puede tener lugar en aquellos casos en que no es posible dar a la ley un sentido contrario al que tiene, es decir, una interpretación *contra legem*. Lo anterior ocurre cuando ni aun realizando el mayor ejercicio interpretativo es posible salvar la irregularidad de la norma, pues su diseño sencillamente no lo permite, supuesto en el que nos encontramos frente a antinomias estructurales.<sup>13</sup> Los tribunales alemanes han confirmado lo anterior:

Al juez no le está permitido dar a una ley –cuyo tenor y sentido resultan evidentes– un significado diferente mediante una interpretación “conforme con la Constitución  
(...) en ningún caso, una interpretación “conforme con la Constitución” puede cambiar o falsear la finalidad del legislador en un punto esencial.<sup>14</sup>

Este límite encuentra su justificación en el respeto al principio de legitimidad democrática del legislador, pues es a él a quien corresponde establecer en primer momento qué derecho ha de ser vigente, pero también en los diversos principios de conservación de la ley y seguridad jurídica,<sup>15</sup> la constante

---

supremacía constitucional, esto es, que las normas, al momento de ser aplicadas, se interpreten de acuerdo con lo que establece la Constitución y -siempre que no haya una restricción en la Constitución misma- de conformidad con lo que establecen los tratados internacionales” Cfr. Tesis 1ª.CCCLI/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t.1, Libro 11, Octubre de 2014, p.615.

<sup>13</sup> Así lo ejemplifica el criterio que lleva por título “Normas discriminatorias. No admiten interpretación conforme y existe obligación de reparar”. Cfr. Tesis 1ª.CCLX/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t.1, Libro 8, julio de 2014, p.155.

<sup>14</sup> Cfr. [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_16817-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf) pp.37 y 38

<sup>15</sup> Cfr. Tesis 1ª.CCLX/2013, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t.1, Libro 1, diciembre de 2013, p.530.

invalidación de normas por parte del Poder Judicial, en vez de su reforma legislativa, genera la existencia de un sistema jurídico inestable, del cual el gobernado, —obligado a acatar la ley—, no tiene certeza de las normas que debe obedecer. De modo que una interpretación judicial nunca podrá ofrecer la certeza jurídica propia de un texto legal. Se trata de que los gobernados:

(...) estén, de manera real y efectiva, en situación de conocer la plenitud de los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico (...) y de prevalerse de ellos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales<sup>16</sup>

Una jurisprudencia nacional, aun cuando se la repute consolidada que intérprete unas disposiciones de Derecho interno en un sentido considerado conforme con las exigencias de la Directiva, no puede tener la claridad y la precisión necesarias para cumplir la exigencia de la seguridad jurídica<sup>17</sup>

Por lo que hace al segundo aspecto en el que deseo enfatizar, es en el hecho de que la interpretación conforme se trata de una técnica hermenéutica introducida por el legislador mexicano, es derecho nacional vigente previsto de manera expresa en párrafo segundo, del artículo primero constitucional.<sup>18</sup> Las autoridades mexicanas se encuentran no sólo habilitadas, sino más bien constreñidas a su ejercicio. El procedimiento de reforma constitucional que concluyó en la incorporación de este principio es congruente con el sistema jurídico nacional, con lo que es posible afirmar que su utilización no acarrea mayores complejidades, sino más bien abona a la conservación de la unidad del Estado y a la efectiva tutela de derechos fundamentales.

Y el tercer aspecto se refiere a que la interpretación conforme es una técnica autónoma, es decir, existe en sí misma. Esta institución no tuvo como

---

<sup>16</sup> García, Ricardo Alonso, “La interpretación del derecho de los estados conforme al derecho comunitario: las exigencias y límites de un nuevo criterio hermenéutico”, en Saiz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012, p. 18.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p.19

<sup>18</sup> Artículo 1º: Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

origen y su ejercicio tampoco es consecuencia del llamado “control interno de convencionalidad,” ni mucho menos fue introducida al ordenamiento mexicano bajo su amparo, sino de forma independiente. Al incorporarla al sistema jurídico nacional, el legislador manifestó que con ella se buscaba armonizar el derecho interno con el internacional y con especial relieve, que la aplicación de este último se realizaría de manera subsidiaria y por tanto no directa, y aclaró que no podía significar “(...) en ningún momento, la derogación o desaplicación de una norma interna”.<sup>19</sup>

En otro orden de ideas, para la Suprema Corte de Justicia, el control de convencionalidad también significa la facultad de un órgano jurisdiccional de abstenerse de aplicar normas que sean contrarias a derechos humanos, esto es, de inaplicarlas.

Antes de la recepción de esta teoría, en México ya existía y funcionaba con plena normalidad la facultad de inaplicar normas contrarias a derechos humanos y por tanto a la Constitución, sin embargo; se encontraba concentrada en el Poder Judicial de la Federación (o semi concentrada si se prefiere, debido al gran número de jueces y magistrados que lo integran); sin embargo, atento al llamado control de convencionalidad en México, son dos los aspectos que resultaron novedosos: 1) La habilitación a todos los jueces para inaplicar leyes que consideren contrarias a derechos humanos y 2) Que esta función la deben ejercer *ex officio*.

En México, si bien es cierto que la facultad de revisión constitucional le fue negada a todos los jueces distintos a quienes integran del Poder Judicial de la Federación mediante interpretaciones del artículo 133 constitucional; no menos lo es que aquel Poder sí cuenta con las facultades expresas para revisar

---

<sup>19</sup> “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, el que contiene proyecto de decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Cámara de Senadores, Legislatura LXI, Gaceta del Senado, 7 de abril de 2010, n°113, p.14.

la regularidad de los actos contrarios a derechos humanos, de inaplicarlos al caso concreto o incluso con efectos generales, así lo corroboran los artículos 103 y 107, Constitucionales.

Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

I. *Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;*

Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes

(...)

II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda (...).

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación *establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general*, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, (...) declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Énfasis propio

Esta facultad de inaplicación por parte de sólo determinados órganos jurisdiccionales atendía a una tradición que si bien era jurisprudencial, se advierte encuentra pleno sustento en la Constitución; en cambio para que todos los órganos jurisdiccionales del país ejerzan un llamado control de convencionalidad no existe fundamento alguno, ni en el orden interno ni en el internacional. La evidencia legislativa demuestra contundentemente que la reforma constitucional de junio de 2011 no es fuente de esa atribución y con

ella, contrario a lo que se dice, se quiso respetar la tradición jurídica mexicana dejando en manos del Poder Judicial de la Federación la tutela jurisdiccional de los derechos humanos. Así se advierte del Dictamen de 7 de abril de 2010, de la Cámara de Senadores:

*“Con el objeto de respetar cabalmente los principios constitucionales y nuestra tradición jurídica, la propuesta se hace para lograr la complementariedad entre las normas internacionales y las internas es el que se ha denominado como principio de ‘interpretación conforme’, según el cual se deja en manos del Poder Judicial de la Federación hacer efectivamente aplicables los tratados y convenios de derecho internacional suscritos por México”<sup>20</sup>*

Énfasis propio

Sin embargo, contrario a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación dispuso que *ahora* todos los jueces del país tienen la posibilidad de inaplicar normas que encuentren contrarias a derechos fundamentales y además lo deben hacer sin que les sea requerido.

Esta determinación pasa por alto que desde una perspectiva formal, ningún órgano jurisdiccional aplica sino derecho conforme a la constitución y tratados internacionales, pues de todo el ordenamiento vigente se presume su constitucionalidad y su convencionalidad; su irregularidad es una cuestión de excepción y no de regla, como parece ahora establecerse.

Por otra parte, aun cuando la Corte IDH haya dicho que todos los jueces deben abstenerse de aplicar normas contrarias a la Convención Americana, en estricto sentido, no implica que *todos* tengan la posibilidad de revisar la regularidad normativa de la norma cuestionada, es decir, una cosa es revisar la convencionalidad de una norma y otra muy distinta abstenerse de aplicarla.

Pero además se soslayó el hecho de que la propia Corte Interamericana, ha sido constante en afirmar que el llamado control de convencionalidad se

---

<sup>20</sup> Cámara de Senadores, Legislatura LXI, Gaceta del Senado, 7 de abril de 2010, n°113, p.92, <http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/1/2010-04-07-1/assets/documentos/gaceta.pdf>

debe ejercer en el “marco de las respectivas competencias y conforme a las regulaciones procesales correspondientes”. En rigor, en México a) Sólo el Poder Judicial de la Federación tiene facultades de revisión constitucional y convencional, b) No existen regulaciones procesales para ejercer control de la convencionalidad por todos los órganos jurisdiccionales mexicanos,

De este modo es posible advertir que lo que sucedió es que en un exceso en el cumplimiento al caso Radilla Pacheco, se introdujo el control de convencionalidad como una institución autónoma y se modificó el modelo de control de la regularidad normativa <sup>21</sup> En cumplimiento a una inexistente obligación se transitó de un modelo de control *concentrado* a uno *difuso*, sin que exista fundamento alguno para esa modificación.

Además de las inconsistencias observadas, vale la pena recordar que todo lo implementado se hizo a partir de un “control interno de convencionalidad” que se desarrolló en una línea jurisprudencial inconsistente, se entendió y aplicó algo sobre lo que no existía certeza. Fue sin duda un paso dado en falso, porque con la resolución a la Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del caso Gelman, la Corte Interamericana vino a desmentir todas aquellas construcciones que sobre el control de convencionalidad se habían elaborado e instrumentado.

Si bien su implementación se hizo a partir de una interpretación excesiva al recibir la teoría, lo cierto es que esta inseguridad jurídica creada es tan sólo atribuible a aquella corte supranacional, por introducir un mensaje inconsistente y no aclarar su verdadera naturaleza sino años después. Para muestra el hecho de que a lo largo de sus sentencias dijo que se trataba de una

---

<sup>21</sup> “(...) pasamos de un modelo de control de constitucionalidad que podríamos llamar semi-concentrado (...) a un modelo de mayor complejidad en el que se suma el control de convencionalidad y se amplía hacia todos los jueces. Lo que tenemos, en consecuencia, es un sistema difuso de control de convencionalidad”, Cfr. Carbonell Sánchez, Miguel, “*Teoría de los derechos humanos y del control de la convencionalidad*”, México, ed. del autor, 2013, p. 153.



“especie de ‘control de la convencionalidad’”; de un “control de la convencionalidad” y de un “control de constitucionalidad”.

Para implementar el llamado control de convencionalidad en México no hubo demora, pero para cumplir con lo que realmente fue requerido sobre la reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar, pasaron más de cuatro años, pues no fue sino hasta finales de abril de 2014 cuando el Estado Mexicano realizó la reforma a dicho precepto.

Atento a lo anterior, es posible advertir que los cambios implementados en México se tratan de un *falso* control de convencionalidad, pues simplemente no corresponden con lo que en *realidad* significa esa figura para la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>22</sup>

### **Sobre lo favorable y necesario del control de convencionalidad en México**

Si en la teoría del llamado control de convencionalidad algo ha sido congruente a lo largo de su desarrollo es en el *objetivo* que se busca, que es velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su efecto o fin, en sus últimos pronunciamientos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha expresado como el deber de “Garantizar los derechos contenidos en la convención Americana<sup>23</sup>”, y como garantizar los parámetros establecidos por la Corte.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Sin que pase inadvertido que para la Corte IDH los cambios introducidos en México a propósito del llamado control de convencionalidad sean “de gran trascendencia para la consolidación de los derechos humanos en la región” y por tanto lo valore positivamente; porque ese reconocimiento no se encuentra sustentado en ningún dato concreto o estudio que justifique su dicho. *Cfr.* Corte IDH, caso Radilla Pacheco vs. México, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 14 de mayo de 2013, párrs. 6 y 26.

<sup>23</sup> Corte IDH, J. Vs. Perú, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2013, serie C, núm. 275, parr. 407.

<sup>24</sup> Corte IDH, caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de mayo de 2014, serie C, núm. 279, párrs. 436, 461 y 464.

De modo que no obstante que el control de convencionalidad implementado en México nunca le fue requerido y por otra parte es una facultad de muy dudoso fundamento, —por no decir inexistente— queda la duda de si conforme al objetivo que persigue es justificable su implementación.

En principio, la garantía de los derechos humanos es posible lograrla a través de múltiples instituciones y medios. El control de convencionalidad o el de constitucionalidad se tratan tan sólo de un tipo de garantías. La importancia de medios jurisdiccionales o semi- jurisdiccionales (como los referidos) es fundamental, pero no se trata de los únicos y tampoco de los mejores. Su ejercicio al ser medios secundarios tiene sentido sólo porque las garantías *primarias* han fallado. No aplicar normas contrarias a derechos fundamentales es una medida que colabora con su tutela, pero no puede dejar de observarse que el Poder Judicial de la Federación no puede corregir la responsabilidad internacional en que incurre el Estado Mexicano al tener en su legislación una norma contraria a derechos humanos. Se requiere de una modificación de tipo legislativo, así lo sostuvo la Corte IDH, quien ha manifestado que en casos como los que dieron origen al llamado control de convencionalidad:

“no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque (...) el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria de la Convención y, en segundo, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente”<sup>25</sup>

Si el llamado control de convencionalidad tuvo su origen la violación a derechos humanos por la aplicación de normas contrarias a derechos humanos (Almonacid Arellano Vs Chile y Radilla Pacheco Vs México) conviene tener

---

<sup>25</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, supra nota 31, parr. 121

presente que la primera garantía de cumplimiento se encuentra en la supresión de esa norma, labor a cargo del Poder Legislativo.

Ahora bien, sin los cambios introducidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo del control de convencionalidad ¿en México no estaría garantizada la tutela de derechos fundamentales?

Por lo que hace al control de convencionalidad como *interpretación conforme*, ésta seguiría existiendo con carácter de obligatorio, al ser exigida directamente por el texto constitucional. Es un instrumento efectivo para la tutela de derechos fundamentales y tiene como parámetros no sólo a los tratados de derechos humanos de los que México sea parte, sino en realidad, a todos los tratados en la materia.<sup>26</sup>

De modo que la pregunta se acota a la cuestión de saber que sin la facultad de *todos* los jueces de inaplicar normas se encuentran garantizados los derechos fundamentales en México. Como he referido, no es una novedad la inaplicación de normas, la novedad lo es que se debe ahora ejercer por todos y aunque no sea requerida; por tanto la situación se reduce a valorar si para inaplicar normas es preferible que sea atribución de algunos o de todos.

La cuestión anterior se trata de simplemente de una decisión de método: unos países deciden *concentrar* y otros *distribuir* el control de la regularidad normativa, sin que una u otra elección signifique un menoscabo en la tutela de los derechos fundamentales, porque en ambos *modelos* siempre existe la posibilidad de cuestionar actos irregulares.

Lo cierto es que la tradición jurídica mexicana consideró por mucho tiempo que era preferible un modelo concentrado o semi concentrado en el Poder Judicial de la Federación. Sin embargo, conforme al desarrollo que ha

---

<sup>26</sup> Art. 1 constitucional, párr. segundo: Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

tenido este trabajo, sí bien no es posible en términos absolutos responder si es preferible un *modelo* concentrado a uno *difuso*, sí es posible recoger algunos elementos que de abonen a valorar la fortuna de haber modificado el sistema de control de la regularidad normativa que operaba en México.

Primero es de resaltarse que *de origen* esta facultad se trata de una condena que nunca se hizo al Estado Mexicano y por tanto el Poder Judicial de la Federación no se debió haber pronunciado al respecto; Segundo, que se trata de una teoría inconsistente en rasgos cuya determinación y claridad es fundamental para su debido ejercicio; Tercero, su implementación práctica en México ha traído múltiples dificultades, en perjuicio de la seguridad jurídica, tanto para gobernantes como para órganos jurisdiccionales, así lo comprueba el vaivén de los criterios jurisprudenciales que se han emitido; Cuarto, fue introducida por parte del Poder Judicial como una obligación, como un verdadero modelo de control de la regularidad normativa, cuando corresponde a diverso Poder la asignación de competencias; Quinto, se trata de una facultad carente de fundamento para su ejercicio que no tiene reglamentación sustantiva ni procesal<sup>27</sup>; Sexto, implica la transgresión a los principios de legalidad, legitimidad democrática del legislador y presunción de constitucionalidad; Séptimo, en México ya existía un sistema de garantías que permitía la tutela de derechos fundamentales; Octavo, En México existe un escaso manejo del derecho internacional y una la fuerte costumbre del sistema de control concentrado<sup>28</sup> y; Noveno, porque el control de convencionalidad en

---

<sup>27</sup> Al respecto, la Suprema Corte ha dicho que. “(...) la competencia de las autoridades es una cuestión de orden público que contribuye a brindar certeza jurídica a los gobernados. En este sentido, la atribución de las autoridades no puede estar sujeta a su propia interpretación, sino que ésta debe tener sustento en el texto constitucional o en la ley (...) Cfr. Tesis 2ª. VII/2015, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t.2, Libro 15, febrero de 2015, p.1766.

<sup>28</sup> En contra de un modelo difuso en México, Cfr. García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Saiz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012, p. 298

México no corresponde a lo que en realidad significa para la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Llegado el final de la presente investigación, hay un punto adicional que deseo abordar. Desde hace décadas, Héctor Fix Zamudio ha sostenido que cuando un tratado internacional ha sido incorporado al ordenamiento interno, éste se ha vuelto derecho nacional, como sucede con la Convención Americana sobre Derechos Humanos; de modo que en México existen derechos humanos, todos nacionales, unos de fuente interna y otros de fuente internacional, pero siempre se trata de derecho nacional. Así, cuando un tratado internacional forma parte del ordenamiento jurídico no existe necesidad de hablar de un “control de convencionalidad” como un elemento que separa a los órdenes nacionales e internacionales, porque cuando se controla la regularidad de un acto interno con un tratado internacional, se controla en realidad la constitucionalidad del mismo.<sup>29</sup>

Este criterio unificador, es ahora en 2013, reconocido por la Corte Interamericana:

88. En consecuencia, la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica

---

<sup>29</sup> “¿Debe permitirse al tribunal constitucional anular los actos estatales, sometidos a su control, por contrariar el derecho internacional? (...) Tampoco puede hacerse ninguna objeción seria en contra de la anulación de las leyes y de los actos equivalentes o inferiores a las leyes por violación a una norma de derecho internacional general, suponiendo que la Constitución reconozca expresamente estas normas generales, es decir, que las integre en el orden estatal (...) En efecto, en este caso es voluntad de la Constitución que esas normas sean también respetadas por el legislador. Así pues, tenemos que asimilar las leyes contrarias al derecho internacional a las leyes inconstitucionales” Cfr. Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, tr. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p.75.

necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria<sup>30</sup>.

Las consecuencias de la concepción anterior son contundentes: no existe ningún control interno de convencionalidad sino es uno entendido como parte del control de constitucionalidad, según se aclaró recientemente, se trata tan sólo de “(...) una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal”<sup>31</sup> Por lo que contrario a la idealización que se ha hecho sobre esta teoría, tampoco es ningún *modelo* de control de la regularidad normativa distinto o novedoso que constituya una obligación para el México,<sup>32</sup> ni mucho menos un control como el que realiza la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

Lo anterior, salvo que internamente se disponga dar un rango superior a los tratados internacionales sobre todos los actos internos, incluida la constitución, lo que no ha sucedido en México. Con la configuración actual, el control de convencionalidad es exclusivo de los tribunales supranacionales y el control de constitucionalidad de los tribunales nacionales, con ello les basta para una efectiva tutela de derechos fundamentales.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, supra nota 1, párr 88.

<sup>31</sup> *Ibidem*, párr. 19.

<sup>32</sup> “De ahí que no queda la menor duda de que también los tribunales y salas constitucionales se encuentran obligados a ejercer dicho control, lo que constituye un reto para que apliquen cotidianamente el *corpus iuris interamericano* y superen la tradicional concepción de la supremacía constitucional.” *Cfr.* Steiner, Christian, Uribe, Patricia (coords.), *op. cit.*, nota 6, p. 66.

<sup>33</sup> “Muchos autores consideran que los tribunales nacionales (...) tienen también control de convencionalidad. Yo discrepo de esta idea por esta razón: el control de convencionalidad lo tienen los organismos internacionales, los organismos nacionales sólo tienen el control de constitucionalidad, con eso es suficiente” *Cfr.* Instituto de Investigaciones Jurídicas, 18 de septiembre de 2013, Los Controles de Constitucionalidad y Convencionalidad- Héctor Fix-Zamudio, recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=ygPlkjFWYrU>

## CONCLUSIONES

La función de los tribunales supranacionales es verificar que determinados actos sean conformes con los tratados o convenciones internacionales. Recientemente, a esa actividad se le ha denominado “control de convencionalidad”. Sin embargo, lo que constituye una novedad en el ámbito americano, es que se ha pedido a las autoridades nacionales que realicen funciones análogas a las de aquellos organismos, idea que fue introducida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y a la cual se ha denominado “control *interno* o *difuso* de convencionalidad.”

Desde su origen, en el ámbito de los pronunciamientos de la Corte Interamericana, nunca fue posible conocer con certeza de qué se trataba aquella figura. La revisión de las sentencias y la sistematización de su “desarrollo” jurisprudencial, exhibieron la falta de claridad respecto de (a) la operación jurídica que se debe realizar, (b) los parámetros para ejercerla, (c) quién debe ejercerla y (d) la característica *ex officio* y su ejercicio en el marco competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, por lo que se muestra como una teoría inconsistente.

Pese a sus importantes inconsistencias, el llamado control interno de convencionalidad fue introducido en México por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente Varios 912/2010, relativo a las obligaciones derivadas de la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco. Este control fue entendido como un modelo *difuso* de regularidad normativa que el Estado mexicano debía implementar, de manera obligatoria; sin embargo, fue un entendimiento excesivo y fuera de lugar, porque en realidad

nunca se condenó ni requirió tal cosa, y por otra, porque tanto aquella Corte supranacional como el Poder Judicial, carecen de facultades para implementar un cambio de esa naturaleza.

La implementación del control *interno* de convencionalidad en México ha generado desorden en el sistema jurídico nacional. El análisis de sus características mostró como principales inconsistencias:

- a) La imposibilidad de realizar algún “control de convencionalidad” en México. Porque conforme a sus *parámetros* esta figura supone la primacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre cualquier norma interna, incluida la constitución. Si bien así sucede con normalidad en el ámbito internacional, no pasa lo mismo en los Estados donde no se ha dispuesto la primacía del derecho internacional, como en nuestro caso, en donde el parámetro de validez de todo el ordenamiento, inclusive de la propia Convención Americana, lo es la Constitución.
- b) Que carece de *fundamento* para ejercerse en México. Si bien se ha justificado con la resolución de la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco, con los artículos 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados y 1° y 133° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cierto es que derivado de su estudio, no se puede afirmar que se trate de fundamentos sólidos para ejercer algún “control de convencionalidad” o para haber abandonado el modelo de control concentrado de constitucionalidad que existía. Por el contrario, hay evidencia que muestra que algunos de ellos fueron introducidos con una intención que en nada corresponde con lo implementado y aún más, que van en contra de lo que se dice disponen, como sucede con el artículo primero constitucional, en donde el legislador expresó su deseo de no



facultar a todas las autoridades a inaplicar normas y de dejar sólo en manos del Poder Judicial de la Federación (PJF) la tutela jurisdiccional de los derechos humanos.

- c) El solo aparente abandono del principio de estricto derecho en favor de la característica *ex officio*. Si bien pareció superarse ése inconveniente principio en procedimientos de control de constitucionalidad, esa situación tan sólo fue temporal, pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 1046/2012, en un revés a dicho criterio, dispuso que el Poder Judicial de la Federación no puede ejercer control difuso sin petición de parte, causa de pedir o en suplencia de la queja, trasladando su ejercicio a los órganos distintos a quienes integran aquel Poder. No obstante, aunque los jueces que conocen de jurisdicción ordinaria son ahora quienes tienen en sus manos el verdadero control difuso *ex officio*, los criterios jurisprudenciales han dispuesto que para ellos no es obligación resolver de fondo sobre los planteamientos que al respecto se les formulen, criterio que en los hechos nulifica esta institución.
- d) La incongruencia de otorgar a todos los órganos jurisdiccionales la facultad de ejercer control de convencionalidad en un sistema de reglas en que sólo algunos ejercen control de la regularidad normativa. Por una parte, aun cuando la Corte IDH parecía requerir este control a todas las autoridades sin distingo alguno, en México, de manera injustificada se trató de un control *jurisdiccional*. Por otra parte, los pronunciamientos de aquel tribunal disponen que este control se debía ejercer en un marco competencial y regulatorio correspondiente; no obstante, en nuestro sistema su ejercicio se atribuyó a quienes no cuentan con competencia de control de la constitucionalidad, no cuentan tampoco con un marco

sustancial ni procesal para ejercerlo y además conocen de otras materias y procedimientos en los que a diferencia del control de constitucionalidad de los derechos humanos, no está del todo justificado el abandono del principio dispositivo.

- e) Haber concedido un *efecto* de inexistente fundamento. La novedad de la implementación de esta figura fue habilitar a los órganos jurisdiccionales distintos a quienes integral el Poder Judicial de la Federación a inaplicar normas como parte del llamado “control de convencionalidad,” facultad que no está prevista en ninguna parte. Aun cuando se diga que no es necesario que esos órganos, en sus resoluciones, estudien la invalidez de una norma y tan sólo deben inaplicarla de considerarla contraria a derechos humanos, implícitamente están resolviendo sobre su regularidad normativa, sólo así se justifica que presumiéndose la validez de una norma, sea desacatada. Por su parte, el PJF mantiene la posibilidad de dar a sus resoluciones los efectos que siempre han estado establecidos en la ley.

Las incongruencias y dificultades observadas tan sólo son el reflejo de la implementación de una teoría confusa. La incertidumbre que sobre ella existía no fue aclarada sino hasta marzo de 2013, cuando al resolver sobre el cumplimiento de la sentencia del caso Gelman Vs Uruguay, la Corte Interamericana explicó que el control de convencionalidad se manifiesta en dos modalidades, con lo que puso en duda y desmintió a la institución que se había construido a partir de inconsistencias. Fue demasiado tarde, porque en México ya se había implementado.

Por lo que hace a la primera modalidad, que tiene lugar cuando un Estado ha sido condenado y se debe usar para lograr el cumplimiento respectivo, para cumplir con las obligaciones a cargo del Poder Judicial de la Federación en el

caso Radilla Pacheco (expediente Varios 912/2010), no fue necesario emplear ningún “control de convencionalidad”. Por lo que hace a la segunda modalidad, cuando un Estado no ha sido condenado y se presenta como un deber general de todas las autoridades de aplicar derecho internacional de los derechos humanos, este control no significaba modificación alguna al modelo de control de la constitucionalidad que existía.

Debido a que el control *interno* de convencionalidad implementado en nuestro país no es equiparable al que realizan los tribunales supranacionales, a las inconsistencias que mostró el estudio de sus principales características y a que tampoco corresponde con lo que significa para aquella Corte Internacional, se propone considerar que se trata de un *falso* control de convencionalidad, abandonar las posturas que semejan a esta actividad como una análoga a la que realizan la Corte Interamericana o que la identifican como un control de constitucionalidad a cargo de cortes constitucionales. El llamado control de convencionalidad no es sino aplicación de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Si algo ha sido constante sobre el llamado “control interno de convencionalidad” es en su objetivo, que es garantizar a los derechos contenidos en la Convención Americana. A la luz del objetivo referido es posible evaluar su implementación. Así, sin el *falso* control implementado en México, seguiría existiendo la técnica de interpretación conforme, pues aun cuando se ha vinculado a esa teoría, lo cierto es que es autónoma, está prevista en la ley y permite lograr la unidad del sistema jurídico, por lo que la única diferencia sería que no *todos* sino tan sólo *algunos* tendrían facultades de control de la regularidad normativa e inaplicación de normas. Que unos y no todos tengan las referidas facultades no representa en sí una merma en la

tutela de los derechos humanos, pues se trata tan sólo de una decisión de método: unos Estados prefieren concentrar y otros dispersar esas facultades.

Definir en términos absolutos si es mejor un modelo *difuso* que uno *concentrado* excede la materia de esta investigación; sin embargo, conforme a los elementos obtenidos su desarrollo, se propone valorar como infortunado el cambio introducido, porque (1) el llamado control interno de la convencionalidad no fue requerido al Estado Mexicano, su implementación se trató de un exceso en el cumplimiento al caso Radilla Pacheco; (2) el órgano que lo implementó carece de facultades para reasignar competencias a los Poderes de un Estado; (3) los cambios introducidos contravienen el deseo del Poder Legislativo —democráticamente electo— de mantenerse en un modelo *concentrado* de control de la constitucionalidad; (4) es una teoría inconsistente de la que no ha podido tenerse certeza; (5) ha traído desorden al sistema jurídico mexicano, en perjuicio de la seguridad jurídica tanto como para gobernantes como para gobernados; (6) en México existe un escaso manejo del derecho internacional y una arraigada tradición al modelo de control concentrado; (7) mientras no se disponga la primacía del derecho internacional sobre el interno no es posible ejercer ningún control de convencionalidad en sede nacional; (8) la teoría que lo introdujo, así como su única novedad —la inaplicación de normas por todos los órganos jurisdiccionales— no tiene fundamento alguno y (9) es un *falso* control, al no corresponder con lo que significa para la Corte Interamericana.

Además de ser desafortunada la introducción de esta figura, se observó que es innecesaria. En México, toda vez que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido incorporada al derecho interno, es innecesario hablar de “control difuso de convencionalidad”, porque los derechos en ella contenidos son derecho nacional y por tanto, cuando se controla la

constitucionalidad de un acto interno, se controla a la vez su convencionalidad.

No se debe implementar, bajo el pretexto de una mejor tutela de derechos, figuras que son incompatibles con el sistema jurídico mexicano y que sólo ponen en duda la legitimidad de la función jurisdiccional. Son desafortunadas las restricciones a derechos humanos contenidas tanto en nuestras normas ordinarias como en las constitucionales y sin duda merecen ser objeto de reflexión y cambio; sin embargo, puesto que de lo que se trata es de dar prioridad a los derechos humanos y no a determinados ordenamientos, superar esas antinomias estructurales y garantizar realmente a los derechos fundamentales sólo es posible a través de procedimientos idóneos e instituciones que, además de estar regidas bajo el principio de legalidad, sean coherentes con nuestro sistema jurídico. A la fecha, el llamado “control interno de convencionalidad” no ha demostrado ser en los hechos una herramienta útil para garantizar a los derechos humanos.

Por todo lo anterior, se propone reconsiderar la implementación y la vigencia del llamado “control interno de convencionalidad,” en México. Al final de cuentas, el expediente Varios 912/2010 que lo introdujo, no es un criterio obligatorio. En palabras recientes de la propia Corte al resolver la contradicción de tesis 293/2011, “(...) tal decisión no constituye jurisprudencia por lo que sigue siendo relevante resolver tal cuestión(...)”.

El transcurso del tiempo ha puesto en duda si aquel histórico 14 de julio de 2011, en el que se introdujo el *falso* control de convencionalidad y se mitificó esta figura, fue realmente en favor de los derechos humanos. Está en juego nada menos que la realización del ser humano.



## FUENTES CONSULTADAS

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIII, num.127, enero-abril de 2010.

APARICIO WILHELMI, Marco y PISSARELLO, Gerardo, Los Derechos humanos y sus garantías: nociones básicas, en *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, España, Huygens editorial, 2008.

BOBBIO, Norberto, *Estado Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*. México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

BUSTILLO MARÍN, Roselia, “El control de convencionalidad: La ideal del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral”, *Líneas Jurisprudenciales*, Tribunal Electoral de la Federación, <http://portales.te.gob.mx/ccje/content/1%C3%ADneas-jurisprudenciales>

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2a.ed., México, Porrúa, 2006.

\_\_\_\_\_, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2005.

\_\_\_\_\_, “Teoría de los derechos humanos y del control de la convencionalidad”, México, ed. del autor, 2013.

\_\_\_\_\_, *Los derechos fundamentales en el paradigma neoconstitucional*, México, Universidad Olmeca, 2010.

\_\_\_\_\_, “¿Qué es el neoconstitucionalismo?”, *El mundo del abogado*, México, Octubre de 2012, <http://elmundodelabogado.com/que-es-el-neoconstitucionalismo/>.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos, “El Control de la convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Vol. XI, 2011, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/11/pim/pim20.pdf>.

\_\_\_\_\_, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, *Estudios Constitucionales*, Chile, Año 9, N°2, 2011.

\_\_\_\_\_, “¿control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XIII, 2013,  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/13/art/art2.pdf>

GARCÍA, Alonso, “La interpretación del derecho de los estados conforme al derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico” en Sanz, Alejandro y Ferrer, Eduardo, (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012.

GARCÍA VILLEGAS SÁNCHEZ CORDERO, Paula, (coord.) “El control de convencionalidad y las cortes nacionales”, México, Porrúa, 2013.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2004.

\_\_\_\_\_, “Sobre los derechos fundamentales”, *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, trad. De Miguel Carbonell Sánchez, México, núm.15, julio diciembre 2006,  
<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano” en Sanz, Alejandro y Ferrer, Eduardo, (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012.

FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, “La creciente internalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en Sanz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Control Judicial de la Convencionalidad”, *Monografías*, México, Instituto de Capacitación del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, número cincuenta, tomos I y II.



\_\_\_\_\_, El control judicial interno de convencionalidad, en Saiz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012.

\_\_\_\_\_, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

\_\_\_\_\_, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p.58, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/324/7.pdf>.

\_\_\_\_\_, *Las facultades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 16 de noviembre de 2011, recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=gfa2vidXSQ8>

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y TORO HUERTA, Mauricio, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, México, UNAM-PORRÚA, 2011.

HIGHTON, Elena, “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad” en Bogdandy, Armin Von, Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM, tomo I.

HITTERS, Juan Carlos, “Legitimación Democrática del Poder Judicial y Control de Convencionalidad”, en Saiz, Alejandro y Ferrer, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012.

JINESTRA, Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitucionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, México, Fundap, 2012.

KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, tr. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

MENDOZA LÓPEZ, Baldomero, *El control de la Constitucionalidad de la omisión legislativa*, México, EDICSA, 2010.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLV, num.135, septiembre-diciembre de 2012.
- PINO, GIORGIO, *Diritti e interpretazione, Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Italia, El Molino, 2010.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La Democracia Constitucional, una radiografía teórica*, México, FCE-IIJ UNAM, 2011.
- SAGÜES, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano”, en Bogdandy, Armin Von, Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM, tomo I.
- \_\_\_\_\_, “El control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano, y sus Anticipos en el Ámbito de los Derechos Económico-Sociales. Concordancias y Diferencias con el Sistema Europeo”, en bogdandy, Armin Von, Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (Coords.), *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010.
- \_\_\_\_\_, “El ‘control de convencionalidad’ en particular sobre las constituciones nacionales”, *La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 2009-B, núm 35, 2009.
- SILVA RAMÍREZ, Luciano, *El Control Judicial de la Constitucionalidad y el Juicio de Amparo en México*, México, Ed. Porrúa, 2008.
- STEINER, Chirstian, URIBE, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, “El amparo de estricto derecho: orígenes, expansión, inconvenientes”, p. 9, Cfr. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/13/dtr/dtr1.pdf>.
- TORO HUERTA, Mauricio Iván, “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema americano”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana*

*de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

TORRIJO FUENTES, Ximena, “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, *Revista de Economía y Derecho*, Perú, vol. 15, N°4, 2007, [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish_.pdf)

VESCOVI, Enrique, “Los principios procesales en el proceso civil latinoamericano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número 40, 1981, p.230, Cfr: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/40/art/art8.pdf>

### **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Corte IDH, Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, N° 73, párrs. 72 y 73.

Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, Núm. 101, párr.27 del voto del Dr. Sergio García Ramírez.

Corte IDH, Caso Tibi Vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C, Núm. 114, párr. 3 del voto del Dr. Sergio García Ramírez

Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párrs. 123 a 125.

Corte IDH, caso la Canuta vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162, párrs. 1 a 8.

Corte IDH, caso Boyce y otros vs Barbados, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párrs. 77 y 78.

Corte IDH, caso Heliodoro Portugal vs Panamá, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párrs. 179 y 180.

Corte IDH, caso Radilla Pacheco vs México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párrs. 339 y 340.

Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C, núm. 192, párr. 3.

Corte IDH. Caso Fernández Ortega y Otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párrs. 236 y 237.

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

Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párrs. 219 y 220.

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

Corte IDH. Caso Vélez Loo vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 218, párr. 287.

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

Corte IDH, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párrs. 225 a 233.

Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párrs. 193 y 239.

Corte IDH, caso Chocrón vs. Venezuela, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de julio de 2011, serie C, núm. 227, párrs. 164 a 172.

Corte IDH, caso López Mendoza vs. Venezuela, fondo reparaciones y costas, sentencia de 1 de septiembre de 2011, serie C, núm., 233, párrs. 182, 226 a 228.

Corte IDH, caso Fontevecchia y D' Amico vs. Argentina, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2011, serie C, núm. 238, párr. 93.

Corte IDH, caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239, párrs. 282 a 284.

Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246, párrs. 302 a 305.

Corte IDG, caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, serie C, núm. 250, párr. 262.

Corte IDH, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de octubre de 2012, serie C, núm. 252, párr.318.

Corte IDH, caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala, fondo de reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2012, serie C, núm. 253, párr. 330.

Corte IDH, caso Masacre de Santo Domingo vs Colombia, sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones de 30 de noviembre de 2012, serie C, núm. 259, párrs. 142 a 144.

Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, párrs. 58, 65-90.

Corte IDH, caso Mendoza y otros vs. Argentina, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de mayo de 2013, serie C, núm. 261, párrs. 221, 323, 332.

Corte IDH, caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. Estados Unidos Mexicanos, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2013, serie C, núm. 273, párrs. 59 y 91.

Corte IDH, J. Vs. Perú, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2013, serie C, núm. 275, párr. 407.

Corte IDH, Liakat Ali Alibux vs. Suriame, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de enero de 2014, serie C, núm. 276, párrs. 124 y 151.

Corte IDH, caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de mayo de 2014, serie C, núm. 279, párrs. 436, 461 y 464.

Corte IDH, caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de agosto de 2014, serie C, núm. 282, párrs. 311 y 471

Corte IDH, caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 14 de octubre de 2014, serie C, núm. 285, párrs. 213 y 243.

Corte IDH, Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C, N° 287, párr. 615.