

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL*

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra

Profesor de Derecho Universidad de Navarra

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM

Fernando Silva García

Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid

Profesor de Derecho UNAM

Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la
Nación

SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional en su doble ámbito de validez.*
3. *La eficacia directa de la Convención Americana y de las sentencias de la Corte Interamericana.*
4. *Diálogo entre la jurisprudencia interamericana y la jurisprudencia nacional.*
5. *El Control de la convencionalidad de la jurisprudencia constitucional. Un caso paradigmático.*

* El presente trabajo constituye una versión ampliada y debidamente actualizada de la ponencia presentada en el X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado del 16 al 19 de septiembre de 2009 en Lima, Perú.

1. Introducción

Hace 160 años, el 13 de agosto de 1849, se dictó la primera sentencia de amparo que se tiene registro. El juez federal de San Luis Potosí (México), aplicó de manera directa (sin existir ley secundaria) el precepto constitucional que regulaba el juicio de amparo, para proteger al solicitante contra una orden de destierro dictada por el gobernador de esa entidad federativa.

A partir de entonces, ese instrumento procesal cobró vitalidad y paulatinamente se fue expandiendo a nivel mundial. Este desarrollo ha tenido un significado trascendental en un importante número de constituciones democráticas, al establecerse el derecho de amparo como una garantía constitucional, es decir, como mecanismo constitucional de eficacia procesal para la salvaguarda de los derechos y de la supremacía constitucional¹.

Esta tendencia evolutiva tiene un grado de inflexión a partir de la Segunda Guerra Mundial. No solo por la consolidación paulatina de magistraturas constitucionales (sea cual sea su estructura y denominación) que en muchas ocasiones tienen entre sus competencias el conocimiento de este instrumento para la interpretación definitiva y protección de los derechos fundamentales, sino también debido al redimensionamiento de la institución a nivel internacional.

El punto de partida se puede fijar en 1948, con la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 8º) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVIII), que en términos similares establecen el derecho que tiene toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Las proclamaciones anteriores marcan el comienzo de una serie de regulaciones para la eficacia procesal de los derechos en sede nacional, regional e internacional². Este tipo de garantías ha tenido un claro desarrollo en el ámbito europeo. No solo

1. Sobre esta expansión, alcances y características modernas, véase Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2006.

2. En términos similares y con desarrollos, se refieren la Convención Europea para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales (art. 13) de 1950; el Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 2.3) de 1966; la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 25.1) de 1969; y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 45) de 2000.

por lo que hace al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo), sino también por la jurisprudencia unificadora del Tribunal de las Comunidades Europeas (Luxemburgo). Hace más de tres décadas que este último tribunal viene expandiendo su jurisprudencia a través del llamado “control de comunitariedad” que deben ejercer los jueces nacionales en sede doméstica, aplicando de manera directa y preferente el derecho comunitario; así como utilizando la figura de la “cuestión prejudicial” (prevista en el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea), para plantear dudas interpretativas del derecho comunitario (materiales y de eficacia), instrumento que si bien esporádicamente han utilizado los tribunales constitucionales, recientemente se ha planteado por la Corte Constitucional italiana (2008)³.

En el ámbito interamericano, con mayor cautela pero de manera progresiva, se advierte también la consolidación y expansión de la jurisprudencia convencional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde sus primeros fallos hace más de dos décadas, realiza implícitamente lo que a partir del 2006 denomina “control de convencionalidad”; es decir, aplica la Convención Americana de Derechos Humanos y sus protocolos adicionales, como parámetro de control de los actos (en sentido amplio) de los Estados que han reconocido expresamente su jurisdicción.

Conforme a la jurisprudencia reciente de este tribunal regional de derechos humanos, el “control de convencionalidad” no solo se lleva a cabo por la propia Corte Interamericana respecto de los casos sometidos a su jurisdicción, sino también lo debe realizar cualquier juez nacional, incluso aplicando el derecho interno bajo los parámetros de la jurisprudencia convencional.

No pretendemos en estas breves líneas estudiar en su conjunto este complejo desarrollo y su problemática, especialmente en aquellos países donde no se permite el control difuso. Nuestra intención simplemente se limita a destacar una de las manifestaciones que estimamos de suma relevancia de ese “control de convencionalidad”: aquella que se manifiesta hacia la propia “jurisprudencia constitucional” emanada por el máximo intérprete en sede nacional. En otras palabras, destacaremos el hecho de que el Estado nacional (“soberano”) está vinculado al derecho internacional de los derechos humanos.

El estudio se centrará en la manera en que las sentencias de la Corte Interamericana pueden desautorizar, a través de un *control de convencionalidad*,

3. Cfr. Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, Tomo I, págs. 1231 y ss.

el sentido y alcance de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales; como sucedió en el paradigmático *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, de 6 de agosto de 2008, que abre un horizonte en la concepción de la Corte Interamericana como *tribunal constitucional internacional*⁴.

2. La Corte Interamericana como intérprete constitucional en su doble ámbito de validez

En las últimas décadas se han ido creando tribunales regionales para la protección de los derechos humanos, con un carácter subsidiario y complementario de los organismos e instancias del ámbito doméstico de los estados. Estos tribunales son la *Corte Europea de Derechos Humanos* (Estrasburgo, Francia)⁵, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (San José, Costa Rica)⁶ y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Arusha, Tanzania)⁷.

4. Sobre esta concepción, véanse Häberle, Peter, “La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional”, trad. de Joaquín Brage Camazano, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, UNED, núm. 14, segundo semestre de 2004, págs.153-176; Saiz Arnaiz, Alejandro, “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como tribunal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa, 2006, Tomo II, págs. 1879-1915; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional. (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Tomo III, México, IJ-UNAM, 2001, págs. 209-224.

5. Sobre este tribunal y su competencia, véanse, entre otros, los trabajos de Fix-Zamudio, Héctor, “La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional”; Brage Camazano, Joaquín, “Stratisburgum locutus, causa finita”. El “amparo intereuropeo” ante el Tribunal de Estrasburgo, última instancia de tutela de los derechos fundamentales en Europa”; Morenilla Allard, Pablo, “El proceso de amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, los tres trabajos publicados en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, op. cit. supra nota 1, págs. 1105-1155, 1035-1104 y 1157-1220, respectivamente.

6. Cfr., entre otros, AA.VV., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos un cuarto de siglo (1979-2004)*, San José, CIDH, 2005; Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007; Remotti Carbonell, José Carlos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003; Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 2ª ed., San José, IDH, 1999; García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 5 vol., 2006-2008; id., “Cuestiones de la jurisdicción interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, vol. VIII, 2008, págs. 187-221.

7. Cfr., entre otros, Odimba, Jean Cadet, “Protección de los derechos fundamentales en África”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, op. cit. supra nota 1, págs. 945-984; Saavedra Álvarez, Yuria, “El sistema africano de los derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM,

Estos tribunales paulatinamente se han ido configurando como últimos intérpretes de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales a manera de una especie de jurisdicción constitucional en sede internacional. Cuestión no pacífica en la doctrina, si consideramos que la existencia misma de las comisiones y tribunales internacionales y regionales implica en sí mismo un problema con la idea tradicional de soberanía⁸.

Se debe a Mauro Cappelletti el desarrollo doctrinal desde la década de los setenta del siglo pasado, de lo que denominaba la “justicia constitucional supranacional”. Esta dimensión se dirige a la aplicación de los instrumentos internacionales, especialmente de derechos humanos, ya sea en el nivel interno de los estados o bien en su dimensión internacional o transnacional, derivada de las jurisdicciones creadas para tales fines. En realidad este sector se traduce en una dimensión transnacional de la “jurisdicción constitucional de la libertad”, terminología adoptada también por Cappelletti en un clásico estudio de corte comparativo, que constituye el parteaguas del derecho procesal constitucional comparado: *La Jurisdicción constitucional de la Libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*⁹.

Cappelletti analizó desde entonces este fenómeno, no sólo por lo que hace a la Corte de Estrasburgo, que aplica una especie de *Bill of Rights* supranacional contenido en la Convención de Roma, sino también la función que desempeña la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en Luxemburgo, al actuar como

núm. 8, 2008, págs. 671-712; Harrington, Julia, “*The African Court on Humans and Peoples’ Rights*” en Evans, Malcom, y Murray, Rachel (comps.), *The African Charter on Humans and Peoples’s Rights: The system in practice 1986-2000*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, págs. 305-334; Saccucci, Andrea, “*Il Protocollo istitutivo della Corte africana dei diritti dell’uomo e dei popoli: un primo confronto con le altre Corti regionali*”, *Rivista di Diritto Internazionale*, núm. 4, 2004, págs. 1036-1065.

8. Para el destacado constitucionalista mexicano Jorge Carpizo, “los países han delegado y subordinado, en muy diversos grados, algunos aspectos de su soberanía mediante todas o algunas de las siguientes condiciones: i) ha sido por voluntad propia; ii) la participación en el organismo supranacional es en plan de igualdad con los otros Estados; iii) se trata de alcanzar fines o desarrollar actividades que se realicen mejor por Estados asociados que solos; iv) se aceptan instancias jurisdiccionales supranacionales, porque se reconoce que los asuntos en cuestión son de interés de la comunidad internacional o regional; y v) se crean órganos regionales de carácter político, como el Parlamento Europeo”; véase su trabajo “Los derechos humanos”, en AA.VV., *Protección internacional de los derechos humanos*, La Plata, Librería Editora Platense, 2007, págs.25-36, en pág. 29. Sobre el tema, véase de este mismo autor, “La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional”, en *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 28, Madrid, julio-agosto de 1982, págs. 195-209.

9. Esta obra aparece en Italia en 1955: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milán, Dott. A. Giuffrè, siendo traducida por Fix-Zamudio seis años después (México, UNAM, 1961).

órgano único y concentrado, con resoluciones con eficacia definitiva y unificadora, realizando una interpretación del derecho comunitario considerado como *lex superior*, encargado del control de la validez comunitaria de las leyes a través de un control disperso o difuso que denominaba “prejudicialidad comunitaria”¹⁰.

Esta dimensión del *Derecho procesal constitucional internacional* cobra especial importancia en materia de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y también en ciertos sistemas de integración comunitaria. En el ámbito europeo, por ejemplo, se perfila un “Derecho Constitucional Europeo”¹¹ o un “orden público constitucional complejo”¹², dimensión amplia donde se encuentran en buena medida como centro de gravedad los derechos fundamentales, adquiriendo relevancia los convenios sobre la materia y los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo, con nuevos problemas y paradigmas en la actualidad debido a la concurrencia de jurisdicciones y declaraciones¹³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos paulatinamente se ha venido afianzando en su calidad de intérprete final de los derechos humanos¹⁴. No solo por su actividad en los casos contenciosos que resuelve interpretando el Pacto de

10. Una visión actual del planteamiento de Cappelletti y la manera en que opera en nuestros días en la Unión Europea, pueden verse en Gordon, Richard, *EC law in judicial review*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Tajadura Tejada, Javier, y De Miguel, Josu, *Justicia constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Madrid, CEPC, 2008; Türk, Alexander H., *Judicial Review in EU law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2009.

11. Häberle, Peter, “Derecho constitucional común europeo”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, CEPC, núm. 79, enero-marzo de 1993, págs. 13 y ss.; también véase Caballero Ochoa, José Luis, “El derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 26, julio-diciembre de 2006, págs. 79-106.

12. Cfr. Aparicio Wilhelmi, Marco, *La construcción de un orden público constitucional complejo. Derechos y constitución en el estado español como estado autonómico e integrado en la Unión Europea*, México, UNAM, 2009, *passim*.

13. Cfr. las útiles obras colectivas con múltiples enfoques, especialmente del caso: García Roca, Javier, y Fernández Sánchez, Pablo (coords.), *Integración Europea a través de derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2009; y García Roca, Javier, y Santalaya, Pablo (coords.), *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009. Asimismo, Gordon, Richard, *EU law in judicial review*, Oxford University Press, 2007; y *Justicia constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Madrid, CEPC, 2008.

14. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional. (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, *op. cit. supra* nota 4; asimismo, Salgado Pesantes, Hernán, “Derecho procesal constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, Tomo IX, págs. 641-666.

San José, siendo sus resoluciones contenciosas vinculantes para los Estados partes que han reconocido su jurisdicción, sino también por la referencia a su jurisprudencia que los tribunales nacionales realizan, especialmente en los últimos años¹⁵. En este sentido, se advierte desde hace tiempo la concepción cada vez más marcada de la “Convención Americana como una Constitución”¹⁶ y de los tribunales supranacionales como “tribunales constitucionales internacionales”¹⁷.

Ahora bien, los tribunales regionales sobre derechos humanos (Europeo, Interamericano y Africano) operan en dos planos distintos de manera simultánea: por un lado, resuelven controversias concretas sobre derechos y libertades, principalmente entre individuos y Estados miembros; por otro lado, establecen *criterios generales de validez* que deben respetar dichos sujetos, en la definición de los niveles y del contenido concreto de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales respectivos¹⁸.

De esta manera la Corte Interamericana tiene una doble función. Por un lado resuelve pretensiones concretas en relación con la actuación de los Estados sujetos a su jurisdicción, que puede producir un *fallo condenatorio con efectos de cosa juzgada*; en segundo término, también establece criterios generales a propósito de la interpretación de los derechos humanos en juego en el asunto concreto, es decir, su resolución produce *efectos jurisprudenciales de cosa interpretada*. De ahí que paulatinamente se hable del “Amparo Interamericano”¹⁹.

15. Sobre esta tendencia, véase la revista *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-IIDH-Konrad Adenauer, que se edita semestralmente desde 2006.

16. Cfr. Caballero, José Luis, “Los tratados internacionales como constitución. Notas sobre la dimensión transnacional del derecho procesal constitucional en México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, op. cit. supra nota 4, págs. 29-43. En general, en nuestra región, véase Brewer Carías, Allan R., “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. Estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 6, julio-diciembre de 2006, págs. 29-78.

17. Peter Häberle le otorga la calidad de “Tribunales Constitucionales Europeos” a la Corte Europea de Derechos Humanos (Estrasburgo) y al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; cfr. su estudio, “La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional”, op. cit. supra nota 4, pág. 158.

18. Sin pasar inadvertido, por un lado, la existencia de conflictos interestatales; por otro, que a través de las opiniones consultivas, no resuelven ninguna controversia concreta; sin embargo, la labor principal de los tribunales regionales conlleva las tareas mencionadas.

19. Cfr. Ayala Corao, Carlos, *Del amparo nacional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas-San José, IIDH-EJV, 1998; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Del amparo nacional al amparo internacional”, contenido en la obra del mismo autor *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.

3. La eficacia directa de la Convención Americana y de las sentencias de la Corte Interamericana

La incorporación de los tratados internacionales en el ámbito interno de los estados, puede realizarse a través de varias fórmulas. En principio, debe distinguirse entre aquellos países cuya recepción resulta *automática*, requiriendo en algunos casos el requisito formal de la publicación oficial; de aquellos otros, en los que se requiere una recepción *especial*, a través de un acto normativo interno (ley o decreto).

La mayoría de los países latinoamericanos sigue el sistema de recepción automática, si bien se requiere de una aprobación legislativa, como en el caso de México que precisa la ratificación del Senado de la República. Esta primera distinción resulta fundamental, debido a la aplicación directa de las normas y obligaciones internacionales en el ámbito interno. Como bien lo ha apuntado desde hace tiempo Fix-Zamudio, los tratados internacionales, una vez cumplidos sus requisitos materiales y formales de incorporación, constituyen *normas internas de fuente internacional*, lo que implica su obligatoriedad y aplicabilidad en el ámbito doméstico²⁰.

Esto implica que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen *eficacia directa* en los territorios de los Estados miembros que los hayan adoptado. En este sentido, la Convención Americana constituye *derecho interno* para los Estados parte. Otra cuestión distinta, como bien lo señala el ex presidente de la Corte Internacional de Justicia, Jiménez de Aréchaga, será determinar que jerarquía o prevalencia se le otorga en el ámbito doméstico²¹.

El valor de la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha ido creciendo en las últimas décadas²². En particular, las sentencias emitidas por la Corte Interamericana constituyen normas (individuales y generales) que derivan de la

20. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica", en Pérez Royo, Javier, Urías Martínez, Joaquín Pablo y Carrasco Durán, Manuel (coords.), *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2006, Tomo I, págs. 1727-1746.

21. Cfr. Jiménez de Aréchaga, Eduardo, "La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno", en *Boletín de Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasilia, 1987-1989, núms. 69-71, págs. 35-55.

22. Sobre el valor que tiene la jurisprudencia internacional, véase Ortega Carcelén, Martín, "Análisis del valor de la jurisprudencia en el Derecho Internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 40, núm. 2, 1988, págs. 55-88.

Convención Americana, de donde se desprende que gozan de la misma eficacia directa que se le atribuye a aquélla. Desde esa óptica, aun cuando es recomendable una ley nacional que regule lo relativo a las formas de incorporar e implementar las sentencias regionales sobre derechos humanos, la noción e idea de que dicha legislación es *indispensable* para que tales decisiones produzcan efectos en territorio nacionales parece contraria al principio que sostiene que los Estados no pueden invocar el derecho nacional para dejar de cumplir con el derecho internacional. Aquí conviene recordar la manera en que hace 160 años se concede la primera protección en un juicio de amparo en México sin existir ley reglamentaria.

Dicho principio reconocido en la Convención de Viena, desde cierta perspectiva, no significa otra cuestión que entender que los tratados internacionales adoptados válidamente por el Estado tienen eficacia directa en el territorio nacional, puesto que, en la mayoría de los casos, la *exigencia* de leyes (diversas) de desarrollo para su aplicabilidad vendría a constituir un obstáculo creado para su debida observancia. De allí que la eficacia de las sentencias regionales sobre derechos humanos sea una de las manifestaciones de la fuerza normativa de los tratados internacionales en esa materia.

En relación con la eficacia de las sentencias de los tribunales regionales sobre derechos humanos se ha dicho que la integración nacional de los sistemas regionales en la protección de dichos derechos constituye el germen de una obligada reordenación del sistema jurídico en los Estados miembros; tanto en los niveles de tutela de los derechos y libertades, como en los mecanismos procesales nacionales dirigidos a garantizarlos²³. Se ha subrayado, que la emisión de una norma individual vinculante para el Estado (sentencia regional estimatoria) tiende a producir un impacto normativo interno, especialmente en el sector jurisdiccional nacional, por dotar de un nuevo contenido a diversas figuras procesales y a derechos fundamentales; por sentar las bases de nuevos derechos y obligaciones para los poderes públicos y por crear una necesidad irremediable de reinterpretar el ordenamiento jurídico a partir de su presencia.

Se ha apuntado que uno de los motores centrales que puede ser capaz de generar la vitalidad de los sistemas regionales a nivel nacional lo constituye la interacción entre los derechos convencionales y los derechos constitucionales,

23. Sobre el particular y especialmente en el ámbito europeo, resultan interesantes las reflexiones de Linde Paniagua, Enrique, *El sistema de competencias de la Unión Europea en el tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, Madrid, Colex, 2006.

por el juego que brinda el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que podría dar cobertura y procurar eficacia a la jurisdicción regional en el ámbito del discurso argumentativo judicial, a propósito de la justificación de las sentencias nacionales. Al final, la penetración y la paulatina difusión de la jurisprudencia regional tiende a producir que la rama jurisdiccional de los Estados miembros, principalmente, vaya estimando que el respeto a su contenido constituye una exigencia derivable del ordenamiento jurídico respectivo.

La conciencia del nuevo estado jurídico de las cosas (vinculación del Estado al derecho internacional) en los Estados miembros, probablemente siente las bases de la articulación normativa necesaria, en el ámbito jurisdiccional, para la eficacia de las sentencias regionales sobre derechos humanos. Así, un sector de la doctrina ha estimado que el condicionamiento jurídico del Estado y la creación de tribunales internacionales con la tarea de garantizar los derechos humanos internacionalmente reconocidos ha comenzado a gestar, en lo particular, un distinto entendimiento procesal del control de la actuación pública y, en lo general, un nuevo entendimiento del Derecho²⁴.

Lo anterior que ha tenido desde hace tiempo repercusiones en el sistema europeo²⁵, ha cobrado una importancia también en el sistema interamericano. Por una parte, debe mencionarse que las recomendaciones de la Comisión Interamericana pueden llegar a tener carácter obligatorio cuando son aceptadas expresamente por los Estados²⁶, mientras que las sentencias y la jurisprudencia de la Corte Interamericana resultan obligatorias por lo que respecta a la violación de los derechos humanos previstos en la Convención Americana y sus protocolos adicionales para los Estados que han reconocido expresamente la competencia contenciosa de la Corte.

Así se establece en el artículo 68.1 de la Convención Americana: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Esto no significa que las sentencias inte-

24. Véase Silva García, Fernando, *Derechos Humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007, *passim*.

25. Cfr. Ruiz Miguel, Carlos, Ruiz Miguel, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997.

26. Cfr. caso Caso Loayza Tamayo, resuelto el 17 de septiembre de 1997, párr. 80. Sobre el caso mexicano, véase Carmona Tinoco, Jorge, “El valor jurídico y la eficacia de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de acuerdo con la jurisprudencia mexicana (Comentarios a cuatro tesis emitidas por el Segundo Tribunal Colegiado)”, *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, México, UNAM, núm. 4, 2004, págs. 167-188.

americanas tengan carácter ejecutivo *per se*²⁷, ya que depende de cada ordenamiento interno regular su cumplimiento, si bien tienen un efecto expansivo en los Estados hacia todos los poderes públicos²⁸.

Conviene reiterar que, finalmente, la eficacia de las sentencias regionales sobre derechos humanos es una de las manifestaciones de la fuerza normativa de los derechos fundamentales de fuente internacional²⁹. En otras palabras, al hablar de la efectividad de las decisiones supranacionales nos encontramos en el terreno más amplio relativo a la capacidad vinculante de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos³⁰.

4. Diálogo entre la jurisprudencia interamericana y la jurisprudencia nacional

Tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han tenido la ocasión de examinar la compatibilidad de disposiciones constitucionales con los derechos y libertades convencionalmente reconocidos³¹. Desde esa óptica, actualmente, los tribunales constitucionales nacionales se han

27. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2009, especialmente el capítulo VIII, relativo a “La jurisprudencia internacional y su trascendencia en el ámbito interno”, págs. 79-83.

28. Por ejemplo, en los Casos Barrios Altos, *El Tribunal Constitucional de Perú y La Cantuta. Sobre este efecto expansivo y en general sobre la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana*, véase Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derechos Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 10, julio-diciembre de 2008, págs. 131-155.

29. Véase la interesante propuesta de reforma constitucional integral en materia de derechos humanos elaborada recientemente por el Alto Comisionado de Naciones Unidas: Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos, elaborada por las organizaciones de la Sociedad Civil y por académicas y académicos especialistas en derechos humanos, México, Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2008, pág. 21.

30. En general sobre la incorporación y aplicación de tratados internacionales en México, véanse, entre otros, Fix-Zamudio, Héctor, “Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, año II, vol. II, 2002, págs. 11-50; Caballero, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España*, México, Porrúa-UIA, 2009; Corcuera Cabezut, Santiago, “La incorporación y aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el sistema jurídico mexicano”, en Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego, y Guevara, José Antonio (Comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara-UIA, 2004, págs. 153-170.

31. *Stedh Rekvényi v. Hungría*, 20 de mayo de 1999. *Stedh López Ostra c. España*, 9 de diciembre de 1994. *Stedh Ruiz Mateos c. España*, 23 de junio de 1993. *Scidh Olmedo Bustos y otros v. Chile*, 5 de febrero de 2001. *Scidh Yean y Bosico vs. República Dominicana*, 8 de septiembre de 2005.

visto condicionados jurídicamente por las directrices interpretativas que van estableciendo los tribunales internacionales³².

El condicionamiento jurídico del Estado y la creación de tribunales internacionales con las atribuciones de garantizar los derechos humanos internacionalmente reconocidos ha comenzado a gestar, en lo particular, un distinto entendimiento procesal del control de la actuación pública y, en lo general, un nuevo entendimiento del Derecho como hemos mencionado. De ahí que se considere una preeminencia lógica jurídica de la Convención Americana y de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana, frente a la Constitución nacional y de la jurisprudencia constitucional del máximo intérprete en sede nacional³³.

Sin embargo, también es verdad que los tribunales constitucionales nacionales tienen una cierta preeminencia fáctica sobre las sentencias regionales de derechos humanos. Finalmente, son los tribunales nacionales quienes, en último término, deciden qué efectos concretos tienen dentro del sistema jurídico nacional los tratados internacionales, y con ello, qué eficacia concreta tiene la jurisprudencia regional sobre derechos humanos³⁴.

Bajo esta perspectiva, también debe reconocerse que existe una preeminencia de efectividad de las constituciones nacionales y de la jurisprudencia constitucional, frente a la Convención y a la jurisprudencia regional. De ahí que se hable de un auténtico “Diálogo jurisprudencial” en materia de derechos humanos fundamentales³⁵.

Una manifestación clara en este diálogo de jurisprudencias aparece con el control de convencionalidad interna o nacional³⁶. No debe perderse de vista que

32. Véase Gómez Pérez, Mara, “La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.) *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa, 2006, Tomo II, págs. 1613-1628.

33. Véase Silva García, Fernando, *Derechos Humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, op. cit. supra nota 24.

34. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de Justicia venezolano dictó un Acuerdo con fecha 25 de julio de 2001 en Sala Plena (lo cual incluye a la Sala Constitucional), en cuyos considerandos estableció que: “(...) las decisiones de este Tribunal Supremo de Justicia en sus diferentes Salas, no están sometidas a ninguna revisión por parte de instancias internacionales, porque ellas constituyen ejercicio pleno de nuestra soberanía y se dictan conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en nombre del pueblo venezolano y como expresión de una patria libre (...)”. Véase una crítica en Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México, Fundap, 2003, págs. 78-80.

35. Cfr. *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cit. supra nota 15.

36. Cfr. Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, Biblioteca Porrúa de DPC, núm. 26, 2008, *passim*.

la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana ha reconocido que el *control de convencionalidad* implica una doble dimensión. La internacional que realiza la propia Corte Interamericana; y la nacional, que realizan los operadores jurídicos y especialmente los jueces en sede doméstica para interpretar la normativa nacional conforme a los parámetros de la Convención y siempre atendiendo al principio pro persona³⁷.

La expresión de “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, al parecer fue utilizada por vez primera por el juez mexicano Sergio García Ramírez, al formular voto concurrente razonado derivado de la sentencia del *caso Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003³⁸, cuestión que reiteró en algunos votos posteriores de manera implícita o directa; connotación que desde la década de los sesenta del siglo pasado se ha venido consolidando especialmente por el Tribunal de Luxemburgo para el derecho comunitario europeo, que se ha denominado también como “control de comunitariedad”³⁹.

La Corte Interamericana adopta la expresión como un deber de los jueces nacionales para velar por la aplicación de la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006, al señalar:

“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

37. Cfr. Silva García, Fernando, “El control judicial de las leyes con base en tratados internacionales sobre derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 5, enero-junio de 2006, págs. 231-253.

38. En el párrafo 27 de dicho voto, el juez García Ramírez señala: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio -sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “*control de convencionalidad*” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional” (las cursivas son nuestras).

39. Cfr. Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, Tomo I, págs. 1199 y ss.

que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana.”

Casi dos meses más tarde (24 de noviembre), en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (*Aguado Alfaro y otros*) vs. Perú, confirma y amplía esta doctrina convencional al señalarse:

“128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.

La doctrina sobre el control de convencionalidad, como lo han puesto recientemente de relieve Néstor P. Sagüés⁴⁰ y Juan Carlos Hitters⁴¹, se ha ido configurando en otros fallos no siempre de manera “lineal y uniforme”, como los casos “La Cantuta vs. Perú” (29 de noviembre de 2006); “Boyce y otros vs. Barbados” (20 de noviembre de 2007); “Heliodoro Portugal vs. Panamá” (12 de agosto de 2008); “Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes vs. Guatemala” (supervisión de cumplimiento de sentencia, 9 de mayo de 2008); además de varios votos de Sergio García Ramírez y Antônio Cançado Trindade donde desarrollan sus perspectivas sobre esta temática.

De esta manera, expresamente se ha reconocido por la Corte Interamericana la existencia de un “Control de Convencionalidad” en sede nacional⁴², de tal suerte

40. “El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson La Ley, 19 de febrero de 2009.

41. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson La Ley, 27 de julio de 2009.

42. Sobre el tema, véanse los diferentes enfoques contenidos en la obra colectiva Albanese, Susana

que los propios jueces de los Estados tienen la obligación de aplicar la normatividad interna conforme a la Convención Americana y la interpretación que de la misma ha realizado el tribunal regional, lo que permite una armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional. Ahora bien, podría llegarse al extremo, aplicando el principio *pro persona*, que una disposición interna sea de mayor eficacia que la propia Convención Americana, lo que implicaría en este supuesto una prevalencia de la norma nacional frente a la convencional.

Como se ha expuesto, al tiempo que la validez de los tratados internacionales está condicionada a que su contenido respete el texto constitucional, paradójicamente, el ordenamiento jurídico también hace posible examinar la validez de las constituciones a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que supone el reto de desbloquear las tensiones generadas por ese estado de cosas.

Existe un punto de equilibrio entre una preeminencia absoluta de cualquiera de los órganos jurisdiccionales encomendados a garantizar los derechos fundamentales, que apunta a la necesidad de un *diálogo jurisdiccional* entre tribunales constitucionales nacionales y tribunales regionales sobre derechos humanos (Suprema Corte y Corte Interamericana). En realidad no debe perderse de vista que se trata de un mismo sistema de protección de los derechos humanos⁴³.

¿Cómo podría lograrse ese punto de equilibrio? La Corte Interamericana, por regla general, debe respetar ciertos márgenes decisorios de los Estados miembros, definidos en última instancia por los tribunales constitucionales nacionales (*margen de prudencia*). Al mismo tiempo, los tribunales constitucionales, como garantes y, por tanto, fieles cumplidores del ordenamiento jurídico, deben acoger la jurisprudencia que va emitiendo la Corte Interamericana, en el ejercicio de sus funciones, en atención al deber que tienen de dar cuenta y justificar a la sociedad el sentido de sus sentencias, de conformidad con las garantías de motivación, fundamentación y exacta aplicación de la ley.

¿Puede la Corte Interamericana sustituir al Estado nacional y reemplazar las elecciones de carácter político, social, económico, cultural o moral que corresponden a la sociedad de los países miembros?

(coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, que contiene ensayos de la propia coordinadora, Gregorio A. Flax, Andrés Gil Domínguez, Osvaldo A. Gozaini, Adelina Loiano, Alberto J. Lucchetti, Marta M. Pastor, Calogero Pizzolo, Marcelo Raffin, Pablo G. Salinas y Silvina Zimmerman.

43. Cfr. Bidart Campos, Germán, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1994, *passim*.

Parte de la doctrina jurisprudencial y de los teóricos europeos han subrayado que la protección internacional sobre derechos humanos convive con el énfasis en las diversidades y, en general, en el pluralismo cultural⁴⁴. Con alguna claridad, desde la sentencia de 7 de diciembre de 1976, en el caso *Handyside v. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que éste debe respetar, en cierto grado, las decisiones de política educativa de los Estados miembros, en el ejercicio de sus funciones de control jurisdiccional, lo que dio lugar a la *doctrina del margen de apreciación*.

Tanto el sistema europeo, como el sistema interamericano de derechos humanos, se adoptaron para reforzar la garantía de los derechos fundamentales de la persona, no para reemplazar las vías nacionales de tutela respectivas. Se crea un sistema subsidiario y reforzado en la protección de los derechos humanos.

Su efecto es crear una garantía internacional subsidiaria, que se añade a aquéllas que los ordenamientos internos de los Estados miembros proporcionan a los individuos y grupos sujetos a su jurisdicción. Mediante tales sistemas, se garantiza que los Estados miembros respeten cierto alcance mínimo de los derechos y libertades reconocidos convencionalmente. Por ello, tanto en el sistema europeo, como en el interamericano, se condiciona la admisión de la demanda al agotamiento de las vías de derecho nacional susceptibles jurídica y verdaderamente de reparar la violación alegada⁴⁵.

Esa concepción, denominada *principio de subsidiariedad*, supone que los Estados miembros, a través de los jueces nacionales y, en último término, del Tribunal Constitucional nacional, deban ser quienes establezcan, en primer lugar, la jerarquización y el balance de los derechos fundamentales. Sólo si esa definición del contenido de los derechos fundamentales previstos constitucionalmente llegase a afectar el contenido de alguno de los derechos fundamentales de fuente internacional, el tribunal regional debe intervenir a efecto de que se repare la violación respectiva.

Es un lugar común que los tratados regionales sobre derechos humanos reconozcan la diversidad y la pluralidad cultural de los Estados miembros, en varios sentidos. Por un lado, en virtud de que su propia creación plurinacional ha generado que

44. Toniatti, Roberto, “Los derechos del pluralismo cultural en la nueva Europa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 58 (II), 2000, pág. 25.

45. Ver la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos De Wilde, Ooms y Versyp (“Vagrancy”) v. Bélgica (art. 50), 10 de marzo de 1972. Asimismo, la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana 11/90, 10 de agosto de 1990 y la Sentencia en el caso Viviana Gallardo y otros v. Costa Rica, 13 de noviembre de 1981.

las normas, principios y criterios que contiene sean fruto o resultado de la suma de tradiciones culturales y constitucionales de sus miembros. Por otro lado, porque el funcionamiento del sistema encuentra lugar en una zona territorial heterogénea, compuesta por esa diversidad jurídica y cultural, que continúa nutriendo y condicionando, en cierta medida, la actividad jurisdiccional regional en esa materia.

Las propias disposiciones de la Convención Americana permiten cierta interacción entre determinados intereses nacionales y el contenido de los derechos convencionalmente garantizados. Por ejemplo, el artículo 32 de la Convención Americana establece que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. De ese modo, parece conveniente que la Corte Interamericana reconozca a los Estados *un margen de apreciación y de valoración* en esos casos, por ser quienes se encuentran legitimados para tomar ese tipo de elecciones en el plano nacional⁴⁶.

5. El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional. Un caso paradigmático

Un caso sobresaliente en el diálogo existente entre las jurisprudencias nacional y convencional es el Caso Castañeda⁴⁷, resuelto por la Corte Interamericana el 6 de agosto de 2008. Constituye el primer fallo condenatorio en contra del Estado mexicano en aplicación del Pacto de San José⁴⁸.

46. Por ejemplo, en el caso Ivcher Bronstein, la CIDH subrayó que la regulación relacionada con el derecho a la nacionalidad es competencia de cada Estado, aunque dejando claro que el Derecho internacional impone un mínimo de amparo jurídico en esa materia. Scidh Ivcher Bronstein v. Perú, 6 de febrero de 2001.

47. En sede interna, los hechos que derivaron este asunto sucintamente son los siguientes: El señor Jorge Castañeda Gutman pretendió inscribirse como candidato para la presidencia de la República (elecciones federales de 2006), negándose el registro por el Instituto Federal Electoral debido a que la ley electoral (COFIPE) vigente en ese momento, no permitía las candidaturas independientes sino a través de los partidos políticos. La inconstitucionalidad del precepto en mención fue impugnado en vía de amparo y la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió por mayoría de votos que resultaba improcedente esa instancia jurisdiccional, por lo que no entró al fondo del asunto.

Cabe aclarar, que años antes la propia Suprema Corte había establecido jurisprudencia obligatoria relativa a que no existía en el sistema jurídico mexicano control difuso, por lo que el Tribunal Electoral no podía dejar de aplicar un precepto que estimara inconstitucional, siendo la única vía, en criterio de la Corte, la acción abstracta de inconstitucionalidad cuya competencia le corresponde en exclusiva a la Suprema Corte. Este criterio quedó superado por la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, donde se permite de manera expresa a las Salas del Tribunal Electoral (Superior y Regionales) esa posibilidad.

48. El primer caso contencioso de México que conoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue resuelto el 3 de septiembre de 2004, declarando procedente la excepción *ratio temporis*

A través de esta sentencia internacional se ha resuelto que el sistema jurídico mexicano es contrario al *derecho a la protección judicial* reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debido a que los individuos se encontraban imposibilitados para defender sus derechos fundamentales de participación democrática frente al legislador; es decir, existía en el ordenamiento jurídico mexicano (a través de una jurisprudencia constitucional) una “zona de inmunidad” para el control de la constitucionalidad de las normas electorales por los particulares.

En realidad se trata de una sentencia de condena parcial, ya que también se desestimaron las pretensiones de la parte denunciante, al no contravenirse los *derechos a ser elegido* (sistema exclusivo de partidos políticos sin candidaturas independientes) y *de igualdad ante la ley* (sólo permitirse dichas candidaturas en algunas entidades federativas y no a nivel federal), previstos, respectivamente, en los artículos 23.1 y 24 de la propia Convención.

Esta sentencia pone de relieve el doble ámbito de validez de las sentencias de la Corte Interamericana a que nos hemos referido. En el caso, por un lado, la Corte resolvió sobre las pretensiones del señor Jorge Castañeda Gutman en relación con la actuación del Estado mexicano (*fallo parcialmente condenatorio, efectos de cosa juzgada*); en segundo término, también se pueden desprender criterios generales a propósito de la interpretación de los derechos humanos que estaban en conflicto en dicho asunto (*efectos jurisprudenciales, de cosa interpretada*).

El fallo parcialmente condenatorio: efectos de cosa juzgada

A.1) Desestimación del planteamiento de violación a los derechos fundamentales de participación democrática

La Corte Interamericana destacó que en el derecho electoral comparado la regulación del derecho a ser votado respecto de la inscripción de las candidatu-

opuesta por el estado mexicano, debido a que los hechos ocurrieron con anterioridad al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de esa Corte Interamericana, de tal manera que en realidad no hubo pronunciamiento de fondo. Un análisis del caso, puede verse en Carmona Tinoco, Jorge, “El caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs. Estados Unidos Mexicanos, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, Buenos Aires, UNAM-Rubinzal Culzoni, Año III, núm. 6, julio-diciembre de 2006, págs. 73-90.

Asimismo, debe destacarse que existen en la actualidad tres causas en contra del estado mexicano en trámite ante la Corte Interamericana: el caso “Campo Algodonero” (feminicidios en Ciudad Juárez, Chihuahua), “Rosendo Radilla Pacheco” (desaparición forzada de personas); e “Inés Fernández Ortega y otros” (fuero militar).

ras puede implementarse de dos maneras: mediante el sistema de registro de candidatos de forma exclusiva por parte de los partidos políticos; o bien, a través del sistema de registro de candidaturas por parte de los partidos políticos junto con la posibilidad de inscribir candidaturas independientes; y que en la región puede observarse que existe cierto equilibrio entre los Estados en relación con ambos sistemas (fundamento 198).

A ese respecto, el tribunal regional consideró que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, *la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales* (fundamento 204).

Precisado lo anterior, la Corte Interamericana partió de la premisa consistente en que la Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa⁴⁹ (fundamento 149).

Para la Corte Interamericana, el requisito por el cual corresponde a los partidos políticos solicitar el registro de los candidatos a cargos electivos a nivel federal se encuentra previsto en el artículo 175 del COFIPE (antes de la reforma de 2007), una *ley en sentido formal y material*, que tiene por *finalidad legítima* organizar el proceso electoral y el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público en condiciones de igualdad y de manera eficaz, misma que resulta esencial para el ejercicio de los derechos de votar y a ser votado en elecciones periódicas auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, de acuerdo con el artículo 23 de la Convención Americana.

Asimismo, la Corte Interamericana determinó que el Estado ha fundamentado que el registro de candidatos exclusivamente a través de partidos políticos responde a la necesidad de crear y fortalecer el sistema de partidos como respuesta a una realidad histórica y política; la necesidad de organizar de manera

49. Cfr. Caso Yatama vs. Nicaragua. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 207.

eficaz el proceso electoral en una sociedad de 75 millones de electores, en la que todos tendrían el mismo derecho a ser elegidos; la necesidad de un sistema de financiamiento predominantemente público, para asegurar el desarrollo de elecciones auténticas y libres, en igualdad de condiciones; y la necesidad de fiscalizar eficientemente los fondos utilizados en las elecciones, todo lo cual responde a un interés público imperativo (fundamento 193).

En cuanto a si la medida se ajustaba o no al logro del *objetivo legítimo* perseguido, la Corte Interamericana estimó que la exclusividad de nominación por partidos políticos a cargos electivos de nivel federal es una *medida idónea* para producir el resultado legítimo perseguido de organizar de manera eficaz los procesos electorales con el fin de realizar elecciones periódicas, auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores de acuerdo a lo establecido por la Convención Americana (fundamento 203).

Finalmente, es preciso subrayar que la Corte Interamericana tomó en consideración que la presunta víctima no argumentó ni demostró elemento alguno que permitiera concluir que el requisito de ser nominado por un partido político le impuso obstáculos concretos y específicos que significaran una restricción desproporcionada, gravosa o arbitraria a su derecho a ser votado (fundamento 202).

A.2) Desestimación del planteamiento de violación al derecho a la igualdad ante la ley

La parte afectada alegó que la exclusividad de registro de candidaturas por parte de partidos políticos, además de violar el derecho a ser elegido previsto en el artículo 23 de la Convención Americana, transgrede el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 de dicho tratado. A ese respecto, la Corte Interamericana consideró que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana, máxime que la jurisprudencia interamericana ha distinguido entre *distinciones* y *discriminaciones*, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser *razonables, proporcionales y objetivas*, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos.

A partir de esa premisa, la Corte Interamericana determinó que las elecciones locales (las que permiten las candidaturas independientes, por ejemplo en los Estados de Sonora y Yucatán) y las federales (que no prevén dicha modalidad) no

son comparables, de modo que, a su juicio, no es posible concluir que las diferencias de organización entre unas y otras, sean discriminatorias y violen el derecho a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 24 de la Convención Americana⁵⁰.

A.3) *Violación al derecho de protección judicial*

En cambio, la Corte Interamericana declaró que el Estado mexicano violó *el derecho de protección judicial*, en relación con las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos humanos y de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos (arts. 25, 1.1 y 2 de la Convención Americana), al apreciar que *dentro del Estado mexicano existía la imposibilidad –para los particulares– de hacer valer los derechos fundamentales de participación democrática frente al legislador*.

En relación con el cumplimiento del fallo, la Corte Interamericana recordó que es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el *deber de repararlo adecuadamente*. A ese respecto, consideró que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación; que, además, el Estado debe, en un plazo razonable, *completar la adecuación de su derecho interno a la Convención*, de manera que se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido; que, asimismo, el Estado debe publicar en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, las partes relevantes de la sentencia; que, también, el Estado debe pagar al señor Jorge Castañeda Gutman el monto fijado por reintegro de costas y gastos; y, finalmente, que el Estado deberá, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la sentencia, rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para la cumplir con la misma; todo ello dentro del plazo de seis meses contados a partir de la notificación de la sentencia.

B) *La jurisprudencia: efectos de cosa interpretada*

La sentencia dictada por la Corte Interamericana no sólo implica un pronunciamiento jurisdiccional que estima parcialmente las pretensiones del afectado y

50. Cabe señalar que días previos a la presentación de la queja ante la Comisión Interamericana por parte de Jorge Castañeda, la Suprema Corte de Justicia resolvió el 5 de octubre de 2006, la acción de inconstitucionalidad 28/2006 y sus acumuladas 29/2006 y 30/2006, por mayoría de seis votos contra cinco, donde estableció la posibilidad del legislador secundario de establecer candidaturas independientes. La tesis aislada V/2008, lleva por rubro: "CANDIDATOS PARA CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR EN EL ESTADO DE YUCATÁN. SU POSTULACIÓN NO ES EXCLUSIVA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS" (SJFG, T. XXVII, marzo de 2008, pág. 133).

que se limita a establecer reparaciones para ese caso concreto, sino que sus consideraciones constituyen *criterios generales de validez* aplicables para todos los Estados parte, por implicar la interpretación autorizada del contenido concreto, convencionalmente protegido, de los derechos humanos garantizados en el Pacto de San José. La sentencia Castañeda contiene criterios jurisprudenciales de gran calado en lo que atañe a los derechos de participación democrática y al de protección judicial.

B.1) Los derechos de participación democrática

En la sentencia se ha dejado claro que los derechos políticos son *derechos humanos* de los ciudadanos, que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático.

A partir de dicha base, la Corte Interamericana ha entendido que de los derechos de participación democrática resultan *obligaciones positivas* para el Estado tendentes a que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos respetando el principio de igualdad y no discriminación, máxime que se encuentra prohibida su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos (fundamentos 140 y 145). Las referidas obligaciones positivas consisten en que los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado (fundamentos 157, 158 y 159).

En ese orden de ideas, la Corte Interamericana parece haber establecido que los derechos de participación democrática son *derechos de configuración legal*, pues para su ejercicio la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones legales (fundamentos 157, 158 y 159). A ese respecto, subrayó que los derechos políticos y también otros previstos en la Convención como el derecho a la protección judicial, son derechos que no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque son por su misma naturaleza *inooperantes sin toda una detallada regulación normativa* e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención, si no hay códigos o leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio

del sufragio, éste sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza; de igual manera que no puede ejercerse el derecho a la protección judicial sin que existan los tribunales que la otorguen y las normas procesales que la disciplinen y hagan posible (fundamento 159).

Para la Corte Interamericana, *el derecho internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido* (fundamento 162). En todo caso, la Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un *contenido mínimo* de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos (fundamento 166). Simplemente, el sistema electoral que los Estados establezcan de acuerdo a la Convención Americana debe hacer posible la celebración de elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual (no discriminatorio) y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores (fundamento 158).

Asimismo señaló que más allá de dichas exigencias, *la Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular* mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos; más bien, la Convención *se limita a establecer determinados estándares* dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, *siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional*; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa (fundamento 149). Por ende, a pesar de que existe un margen de apreciación a cargo de los Estados en el ámbito que nos ocupa, *la Corte Interamericana ha dejado en claro que las medidas que los Estados adoptan con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos convencionales no están excluidas de la competencia de la Corte Interamericana* cuando se alega una violación de los derechos humanos previstos en la Convención (fundamento 161).

En otro orden de ideas, para la Corte Interamericana, salvo algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los *derechos humanos no son absolutos*. En tal sentido, destacó que la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restric-

ción indebida a los derechos políticos. Sin embargo, se ha subrayado que *la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana* (fundamento 174). Particularmente, la Corte Interamericana ha afirmado que la disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos de participación democrática (edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal) tiene como propósito único –a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales– evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos, siempre y cuando no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos (fundamento 155).

Para la Corte Interamericana, ninguno de los dos sistemas, el de nominación exclusiva por parte de partidos políticos y el que permite candidaturas independientes, resulta en sí mismo más o menos restrictivo que el otro en términos de regular el derecho a ser elegido consagrado en su artículo 23 de la Convención. Por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales. La Corte, finalmente, destacó la existencia de una profunda crisis en relación con los partidos políticos y subrayó que las candidaturas independientes pueden ser uno de los mecanismos para fortalecer la democracia (fundamento 204).

B.2) El derecho a la protección judicial

La sentencia contiene la definición de diversos *criterios generales de validez* desprendibles del derecho a la protección judicial, que trascienden al fallo condenatorio, por estar destinados para regular la actuación de todos los Estados miembros en futuros asuntos, dentro de los cuales destacan los siguientes:

Para la Corte Interamericana, la protección judicial otorgada por el artículo 25 de la Convención es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo (fundamento 100).

A partir de dicha definición general, ha entendido que el examen de la existencia de una violación al derecho a la protección judicial implica el análisis de: 1) *La accesibilidad del recurso*: si la presunta víctima tiene o no acceso a un recurso; y 2) *La efectividad del recurso*: si el tribunal competente tiene o no las facultades necesarias para restituir a la presunta víctima en el goce de sus derechos, si se considerara que éstos habían sido violados (fundamento 103).

El derecho a la protección judicial implica *obligaciones positivas* a cargo de los Estados en el sentido de que regulen los recursos judiciales de forma tal que las personas tengan *certeza y seguridad jurídica de sus condiciones de acceso*, y de que los individuos directamente tengan facultades para interponerlos sin intermediarios (por ejemplo a través de partidos políticos); así también, se desprende que aquél puede ser violado independientemente de que exista o no una contravención al derecho principalmente reclamado (fundamentos 101, 110 y 114).

En síntesis, el caso Castañeda brevemente descrito, contiene *criterios generales de validez* de trascendencia para los Estados parte en tres distintas direcciones.

(i) Por una parte, se estableció que el registro de candidatos a cargos de elección puede realizarse a través del sistema de partidos políticos y también de candidaturas independientes. De tal manera que queda a libre definición política de los Estados, de acuerdo con sus normas constitucionales, establecer un sistema exclusivo de partidos o un sistema donde se permitan dichas candidaturas, sin que se vulnere en ninguno de los casos el derecho a ser elegido democráticamente que establece el artículo 23.1 de la Convención Americana.

(ii) En segundo lugar, pareciera que se está consolidando *el derecho fundamental al control judicial de las leyes en el ámbito interamericano*, lo que significa una nueva dimensión al derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana. Esto significa un posicionamiento de la mayor importancia en el ámbito interamericano relativo a la clásica relación *entre derechos y garantías*. De este criterio de validez general se desprende que los derechos humanos contenidos en la Convención Americana y de sus protocolos adicionales constituyen contra-poderes, fragmentos de la soberanía popular en manos de toda la sociedad, de manera que la ausencia de garantías efectivas para su tutela implica la violación de tales derechos⁵¹. Esto implica recono-

51. Véase Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006, pág. 100.

cer que en el ámbito interno de los estados no pueden establecerse “zonas de inmunidad” para el control de constitucionalidad de las leyes que impliquen violación a los derechos humanos.

(iii) En tercer término, que es precisamente lo que tratamos de destacar en la presente ponencia, con el presente caso se ha puesto de manifiesto que la Corte Interamericana, al examinar la validez de la actuación del Estado mexicano, termina por evaluar el apego de la jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte al catálogo de derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana. Ello implica, finalmente, la posibilidad de que las sentencias constitucionales firmes y la jurisprudencia emanada de ella puedan *desautorizarse jurídicamente a través del control de regularidad convencional* por la Corte Interamericana.

El denominado “control de convencionalidad” realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos contenciosos sometidos a su jurisdicción, se ha realizado tradicionalmente para controlar actos, leyes e incluso las propias constituciones nacionales (como por ejemplo el caso Olmedo Bustos y otros vs. el Estado Chileno).

Si bien en algunos casos se había realizado el control de convencionalidad respecto de criterios de los poderes judiciales, el caso *Castañeda* pone en evidencia que ese tipo de control alcanza también la jurisprudencia constitucional. Esto implica, en términos más amplios, que las resoluciones de los tribunales regionales de derechos humanos cuentan con una autoridad interpretativa frente a los tribunales constitucionales nacionales, derivada de la propia lógica del control jurisdiccional externo del Estado en ese ámbito⁵². Desde esa perspectiva, existe una superioridad lógica de la jurisprudencia convencional sobre la jurisprudencia constitucional⁵³.

52. La adopción de los tratados regionales por el Estado implica un sometimiento jurídico del Estado y por ende, de todos sus agentes a los contenidos concretos que, sobre las normas indeterminadas de tales instrumentos, va definiendo caso tras caso el tribunal regional respectivo. El fin último del establecimiento de dichos sistemas fue terminar con la idea de que los Estados son autónomos en el tratamiento de las personas que están bajo su jurisdicción. Cfr. Jayawickrama, Nihal. *The judicial application of Human Rights Law. National, Regional and International Jurisprudence*, UK, Cambridge University Press, 2000, pág. 24.

53. En relación con el sistema europeo de derechos humanos se ha dicho: “(...) la propia lógica del sistema lleva a que la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tenga cierta supremacía sustancial respecto de la de los tribunales constitucionales (...)”. Pérez Tremps, Pablo. *Justicia Constitucional y defensa de derechos fundamentales en Europa*. Cfr. López Guerra, Luis (coord.), *La justicia constitucional en la actualidad, Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador*, Serie 1, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, pág. 310.

En efecto, la Corte Interamericana ha (desautorizado) declarado inconvencional el referido criterio del tribunal constitucional mexicano que, en su momento, impidió mediante una interpretación constitucional de la Suprema Corte que los particulares tuvieran mecanismos de defensa frente al legislador para la defensa de sus derechos fundamentales de participación democrática. Si bien, previamente a la sentencia condenatoria se llevó a cabo una reforma constitucional que subsanó la irregularidad convencional en el año 2007, la Corte Interamericana examinó el caso a la luz del momento en que se cometió la violación, donde prevalecía la jurisprudencia constitucional sujeta al control convencional.

Se trata, en definitiva, de un *control de convencional de la jurisprudencia constitucional* que abre nuevos derroteros en el clásico entendimiento del Estado constitucional con el derecho internacional, especialmente con el *derecho internacional de los derechos humanos*.

RESUMEN: El presente estudio analiza los alcances del llamado “control de convencionalidad” recientemente reconocido por la jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos. Especialmente se aborda una de las manifestaciones de ese control, que repercute en la propia jurisprudencia constitucional emanada por el máximo intérprete en sede nacional. Se profundiza en la manera en que las sentencias de la Corte Interamericana pueden desautorizar, a través de un control de convencionalidad, el sentido y alcance de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, como sucedió en el paradigmático Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos (2008), que abre un horizonte en la concepción de la Corte Interamericana como tribunal constitucional internacional.

PALABRAS CLAVES: Control de convencionalidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Jurisprudencia convencional, justicia constitucional supranacional, derecho procesal constitucional transnacional, derechos políticos.

ABSTRACT: This study analyzes the extents of the so-called “control de constitucionalidad” recently recognized by the Inter-American Court jurisprudence of Human Rights. Especially discusses one of the manifestations of that issue, which has an impact on itself by constitutional jurisprudence by the maximum national court. Delves into the way in which the sentences of the Inter-American Court can disallow from a control de convencionalidad the meaning of a constitutional precedent, as happened in the paradigmatic case Castañeda Gutman vs. United Mexican States (2008), that opens a horizon in the conception of the Inter-American Court as an international constitutional court.

KEYWORD: Constitutional adjudication, Inter-American Court of Human Rights, conventional jurisprudence, international judicial review, transnational constitutional procedure law, political rights.