

Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional**

Inter-American conventionality control: A simple application of International Law

SUMARIO

Introducción. I. El falso control de convencionalidad en la más reciente jurisprudencia interamericana. II. La precisión conceptual de bajo nivel. ¿Dónde está lo novedoso de aplicar la Convención Americana? III. Lo confuso de lo difuso continúa. IV. En defensa del control de convencionalidad. Conclusión. Bibliografía.

RESUMEN

El término *control de convencionalidad* llevaba siete años en uso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el año 2013. Pese a ello, esta poco había precisado respecto a cómo entendía ese término hasta marzo de ese año, cuando por primera vez, en una resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, estableció una definición y las formas en las que se puede llevar a cabo. Ante esa situación, resulta imprescindible hacer un nuevo recuento jurisprudencial completo, a fin de conocer qué es lo que el tribunal interamericano pide que lleven a cabo los Estados parte a la Convención Americana. Más aun cuando académicamente el llamado control de convencionalidad ha carecido de análisis completos, al construirse una aparente doctrina a partir de cuatro o cinco jurisprudencias, y no de las veintiocho que hasta julio de 2014 desarrollan esa figura jurídica en la jurisprudencia interamericana. En razón de lo expuesto, en este documento se busca debatir y reflexionar sobre el llamado control de convencionalidad, en lugar de limitarnos a repetir lo establecido por la Corte Interamericana y por parte de la doctrina latinoamericana predominante.

* Abogado mexicano. Doctorando y asistente de docencia en la Universitat Pompeu Fabra. Contacto: karlos.castilla@upf.edu

** Recibido el 18 de junio de 2014, aprobado el 26 de septiembre de 2014.

Para citar el artículo: K. A. CASTILLA JUÁREZ, "Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional", *Derecho del Estado* n.º 33, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2014, pp. 149-172.

PALABRAS CLAVE

Control de convencionalidad; garantía de tratados; aplicación de los derechos humanos; jurisprudencia.

ABSTRACT

Until the year 2013 the term Conventionality Control had been used for 7 years in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. Nevertheless, until March of that year, the Court had clarified little about how it understood that term. For first time in a Resolution of Monitoring of Compliance with Judgment, the Court established a definition of Conventionality Control and the ways in which it can be used. Because of this situation, it's necessary to make a new and complete jurisprudential recount in order to understand what the Inter-American Court is asking to the Member States of the American Convention to comply with. Furthermore, because academically the so called Conventionality Control has lacked comprehensive analysis due to the fact that the apparent doctrine has been built taking reference of only 4 or 5 isolated case law and not with the total 28 case law that, until July 2014, makes reference to the Conventionality Control. Thus this paper seeks to discuss and reflect, one more time, about the Conventionality Control rather than just repeat the provisions of the Court and of the dominant Latin American doctrine.

KEYWORDS

Conventionality control; warranty of treaty; human rights application; case law.

INTRODUCCIÓN

No hay duda alguna de que el tiempo va poniendo las cosas en el lugar que les corresponde. En el caso del llamado *control de convencionalidad* interamericano tal parece, aunque todavía no hay certeza, que así será; en efecto, luego de que se ha difundido por varios años como una gran novedad (haciendo que se derramen varios miles de litros de tinta en repetir y repetir sin reflexionar lo que supuestamente era claro y estable en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, COIDH), ahora, sin cambiarle de denominación (ya que al parecer es muy tarde para ello), pero sí modificando su definición para simplificarlo, el llamado *control de convencionalidad* interamericano está regresando al origen de todo: ahí de donde nunca debió salir con una denominación errónea, a generar confusiones y nuevas resistencias en una Latinoamérica carente de desarrollos teóricos serios y responsables al respecto.

En su oportunidad lo dije¹, y dos años después lo reiteré²: lo que la COIDH ha tenido a mal denominar como *control de convencionalidad* nunca ha sido una novedad sustantiva, pues lo único que en el fondo les estaba exigiendo a las autoridades nacionales era que cumplieran con sus obligaciones internacionalmente adquiridas, que aplicaran la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la jurisprudencia derivada de esta. Lo cual es muy necesario, pero nada nuevo aporta si se entienden los efectos de adquirir obligaciones internacionales.

En ese sentido, en este documento intentaré reconstruir de manera sencilla en qué consiste ese falso *control de convencionalidad* interamericano a partir de lo que la COIDH ha establecido en el año 2013 y el primer semestre de 2014. Es decir, que no se trata de ningún tipo de control de regularidad, ni de inaplicaciones normativas *per se*, y mucho menos de un real *control de convencionalidad*, esto es, de nada idéntico a lo que hacen los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Sino, simplemente, de una forma de aplicar el derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo la jurisprudencia del tribunal interamericano. Por lo que, por un mínimo de responsabilidad profesional, nunca debió ser así denominado y difundido sin un análisis de fondo sólido.

Para los fines anunciados, en primer lugar, estableceré cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial del falso *control de convencionalidad* desde el segundo semestre de 2012, durante 2013 y el primer semestre de 2014, para saber en dónde estamos situados, en lugar de seguir la fácil postura de quienes se dicen expertos pero estudian el tema y hacen sus singulares desarrollos a partir de citar solo cuatro casos que se han convertido en los tradicionales y en la supuesta principal fuente jurisprudencial en el tema³. En segundo lugar, estudiaré cómo y dónde la COIDH por primera vez define lo que entiende por *control de convencionalidad*, así como las dos formas en que se manifiesta, y con todo ello precisaré lo que realmente significa, siguiendo la línea de

1 KARLOS CASTILLA JUÁREZ, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 593-624.

2 KARLOS CASTILLA JUÁREZ, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, pp. 51-97.

3 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154; Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 158; Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C n.º 209; Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C n.º 220.

lo que he establecido en los dos artículos que anteceden mi estudio de esta figura jurídica.

En tercer lugar, como no todo es bueno, insistiré en las inconsistencias que se mantienen y en las contradicciones que se siguen presentando en la jurisprudencia interamericana cuando se habla del falso *control de convencionalidad*, a fin de que, como hasta ahora, aunque no se me dé una respuesta directa por los grandes académicos latinoamericanos, ni por la COIDH por no estar al nivel que ellos guardan, sí al menos, al ser estos voces que llegan más lejos, sigan dando respuestas indirectas y recomponiendo el caos que han creado en varios países latinoamericanos.

Casi para terminar, reiteraré algunas ideas en defensa del auténtico *control de convencionalidad*, pues si el control de constitucionalidad es tan celosamente guardado y por ello mantiene su prestigio y utilidad, en igual medida lo debe tener el de convencionalidad (o de tratados) por todo lo que puede representar. Finalmente, sobre la base de lo anterior, estableceré algunas ideas a manera de conclusión.

I. EL FALSO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA MÁS RECIENTE JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

Tanto se ha repetido en la doctrina, que es fácil creer que los antecedentes jurisprudenciales del falso *control de convencionalidad* son solo cuatro (4) o, en el mejor de los casos, cinco (5)⁴. Tan poco se ha reflexionado a fondo sobre este tema, que nos han hecho creer que la historia jurisprudencial de dicha figura jurídica es constante y estable. Sin embargo, todo ello es falso. Destacados profesores y algunos de sus seguidores nos han mentido, o al menos, nos han mostrado de manera simple y parcial algo que bien ameritaba un estudio profundo y detallado para poder llegar a conclusiones bien sustentadas.

La historia jurisprudencial del falso *control de convencionalidad* es mucho más amplia que lo que de manera casi generalizada se nos ha dicho, tal y como lo demostré en un documento anterior⁵. Por ello, en este documento, para dar continuidad a la historia jurisprudencial completa del llamado *control de convencionalidad*⁶, estableceré los desarrollos o referencias que respecto a este se han dado en el periodo que va de junio de 2012 a mayo de 2014¹⁷¹.

4 Véase, *supra* nota 3. Algunos suelen agregar a esa lista la sentencia del caso *Gelman*: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C n.º 221.

5 CASTILLA JUÁREZ, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, cit., pp. 56-65.

6 La técnicamente denominada *línea jurisprudencial*, que sería muy interesante graficar para demostrar la irregularidad y poca continuidad uniforme que la ha caracterizado.

7 Vale la pena destacar que para junio de 2012, la última sentencia publicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH) era la dictada en el caso *Atala Riffo y Niñas vs.*

Así, en este periodo de tiempo se han emitido un total de 40 sentencias en casos contenciosos. De estas, solo en trece (13) se ha hecho alguna mención del falso *control de convencionalidad* (32.5%), aunque en realidad solo en ocho (8) se han expresado ideas completas respecto a la referida figura jurídica, en una se desarrolla en parte, en tanto que en cuatro hay menciones del término *control de convencionalidad* aunque no se explica qué es.

De hecho, desde mayo del año 2013 hasta julio de 2014, solo en dos (2) de diecisiete (17) sentencias dictadas en casos contenciosos por la COIDH se señala qué es y en qué consiste el falso *control de convencionalidad*, mientras que en una (1) se hace una referencia parcial. Sorprendentemente, ha dejado de haber un uso constante de ese término en la jurisprudencia interamericana en los últimos siete meses de 2013 y en el primer semestre de 2014.

Aunque ahora, de manera poco habitual, las referencias al falso *control de convencionalidad* han aumentado en las resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia, ya que en ese periodo de tiempo, en nueve (9) de cuarenta y seis (46) resoluciones se ha hecho mención de este (19.5%), cuando antes no había ocurrido⁸. Además de que es justo en una de estas resoluciones en donde la COIDH buscó dar claridad, sin así reconocerlo expresamente, al caos que generó en varios países latinoamericanos con la utilización errónea de ese término y su supuesta caracterización.

Lo peor de todo esto es que ni siquiera porque cada vez son menos los casos en los que se hace referencia al falso *control de convencionalidad* se ha logrado congruencia, estabilidad y constancia en la forma en que se utiliza el término *control de convencionalidad* en la jurisprudencia interamericana⁹. Aunque la parte buena es que, por lo antes expresado con números, parece evidente que la nueva integración de la COIDH usa cada vez menos ese término¹⁰.

Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C n.º 239; por lo que a partir de esa sentencia retomo el análisis que había desarrollado en artículos anteriores.

Así mismo, advierto que este documento se termina de escribir en julio de 2014, siendo la última sentencia publicada por la COIDH para esa fecha la siguiente: Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279.

8 Para julio de 2014, la última resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia publicada por la COIDH era: Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de marzo de 2014.

9 Al participar en la sede de la COIDH el 5 de junio pasado en una charla con parte del equipo que trabaja en esta, la explicación que se me daba de ello es que se presentaba de esa forma en razón de los hechos y autoridades nacionales vinculadas en cada caso concreto, no por una falta de congruencia. De aceptar como válida dicha explicación, se suman motivos a la necesidad que hay de que la COIDH establezca de manera expresa que no son generalizables sus criterios a supuestos en los que los elementos fácticos no son coincidentes. Con lo cual, con mayor razón, no se podría afirmar que hay una doctrina uniforme y estable del llamado *control de convencionalidad*.

10 No debemos olvidar que a partir del 1.º de enero de 2013 la COIDH tiene una nueva integración.

De esta manera, de junio de 2012 a julio de 2014, la COIDH se expresó respecto al falso *control de convencionalidad* en el caso *Furlan*¹¹, en agosto de 2012, y un mes después (septiembre de 2012) en el caso *Río Negro*¹², en los siguientes términos:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Posteriormente, para el mes de octubre de 2012, en el caso *El Mozote*, la Corte tiene un cambio de criterio al establecer: “Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto”¹³. Esto es, como lo había adelantado de manera un tanto velada en el caso *Gelman*¹⁴, más de un año antes, la supuesta obligación la dirige no solo a jueces y órganos vinculados con la administración de justicia, sino a todos los poderes y órganos de los Estados. Solo que, a diferencia de lo que había ocurrido con el caso *Gelman*, aquí ya es un mandato directo de llevar a cabo *ex officio* el falso *control de convencionalidad*, en tanto que en aquel caso lo hacía en principio solo como parte de una explicación general de las obligaciones que en materia de derechos humanos tienen los Estados. Pero, en cualquier caso, es una idea distinta a lo que había repetido días antes.

Un mes después de ese cambio de criterio (noviembre de 2012), vuelve la Corte a lo que había establecido dos meses antes en el caso *Río Negro* (jueces y órganos vinculados a la administración de justicia), pero ahora en el caso *Diario Militar*¹⁵.

Diez días después de la anterior sentencia, en el caso *Masacre de Santo Domingo*¹⁶, nuevamente regresa a lo establecido un mes antes en el caso *El*

11 Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C n.º 246, párrs. 303.

12 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C n.º 250, párr. 262.

13 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 n.º 252, párr. 318.

14 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C n.º 221, párr. 239, en donde hablaba de “cualquier autoridad pública” al explicar el llamado *control de convencionalidad* como parte del respeto a los derechos humanos que deben de cumplir los Estados.

15 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012, Serie C n.º 253, párr. 330.

16 Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones de 30 de noviembre de 2012, Serie C n.º 259, párr. 142.

Mozote, esto es, “que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad”. Aunque, paradójicamente, para establecer esto cita diversos casos, pero no el que aquí antes he referido que sería el único precedente expreso que le servía. Tampoco cita de manera correcta el párrafo del caso *Gelman* en el cual se había hecho una mención aislada de “todas las autoridades públicas”, citando del caso solo el párrafo en donde se dice lo que de manera directa entendía la COIDH como *control de convencionalidad* (párr. 193), esto es, aquella actividad a cargo solo de jueces y órganos vinculados con la administración de justicia, y no de todas las autoridades públicas.

Con esa poca consistencia y cuidado en el uso de sus propios precedentes es como se desarrolló la supuesta doctrina del *control de convencionalidad* en la parte final del año 2012. Lo cual no dista mucho de todas las variaciones, inconsistencias y desaseo que se había tenido desde su origen en la jurisprudencia interamericana.

Ante ese frenético cambio de criterio que se hacía casi cada mes e incluso en cuestión de días, con la nueva integración de la Corte Interamericana desde enero de 2013 se ha puesto un poco de orden. Así, a partir de ello, en marzo de 2013 se emiten las primeras ideas que buscan precisar lo que la COIDH entiende por *control de convencionalidad*, esto en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Gelman*, la cual analizaré con más detalle en el siguiente apartado. Pero en lo que acá interesa, la Corte Interamericana establece que se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto de “control de convencionalidad”, concebido como 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 ese tribunal¹⁷.

Con esa precisión de que lo que entiende la COIDH por *control de convencionalidad* es una mera aplicación de la Convención Americana y su jurisprudencia, y que esta tiene dos manifestaciones: una tendiente a cumplir con las sentencias que dicta la COIDH cuando se es parte en un caso, y la otra, a cumplir con las obligaciones establecidas en la CADH, todo lo cual lo preciaré en el siguiente apartado. En los meses posteriores a dicha resolución la Corte, sin seguir mucho estas ideas, retoma la utilización del término en casos contenciosos de acuerdo a sus viejos criterios.

Así, posterior a esa resolución de supervisión de cumplimiento, para mayo de 2013, en el caso *Mendoza*¹⁸, y seis meses después (noviembre de 2013),

17 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 65.

18 Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C n.º 260, párr. 221.

en el caso *J*¹⁹, la COIDH, al referirse al falso *control de convencionalidad*, estableció que tiene las siguientes características:

- Está a cargo de jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
- Se debe ejercer *ex officio*
- En el marco de sus respectivas competencias
- Entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado/Convención Americana¹²⁰
- Debe tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana

Entre esos dos casos, o seis meses, la COIDH ha hecho mención en otros cuatro casos contenciosos más del término *control de convencionalidad*²¹, sin detallar sus características, en qué consiste, ni su contenido; esto es, solo ha utilizado el término dentro de sus argumentaciones presuponiendo que quien lee la sentencia sabe, o al menos se imagina, de qué se habla. Especialmente en el nuevo caso mexicano, en el que insistentemente se hace mención del término, aunque en diferentes contextos y más bien aludiendo a lo que a nivel nacional se ha hecho en relación con ese tema.

Para el año 2014 se debe destacar en especial lo que se dice en los dos únicos casos en que la Corte se ha referido al llamado *control de convencionalidad*²². Así, en el caso *Liakat Ali Alibux*²³ se afirma expresamente por el tribunal interamericano:

[L]a Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le[s] compete a todos los órganos

19 Corte IDH. *Caso J vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C n.º 275, párr. 407.

20 Respecto a este punto, uno habla de todos los tratados, el último solo respecto a la Convención Americana.

21 Corte IDH. *Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C n.º 271, párr. 168; *Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C n.º 272, párrs. 234 y 249; *Corte IDH. Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C n.º 274, párr. 274; y *Corte IDH. Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C n.º 273.

22 De enero a julio de 2014 la COIDH solo ha publicado cuatro sentencias de casos contenciosos. La última publicada es la n.º 279, de fecha 29 de mayo de 2014.

23 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C n.º 276.

del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles²⁴.

La frase que he resaltado en el párrafo anterior resulta en mi opinión muy significativa, por lo contradictoria que es en el fondo²⁵. Esto es así, ya que si bien se reconoce, como no podía ser de otra manera, que la CADH no crea obligación internacional alguna para los Estados de crear un sistema específico de revisión constitucional, ni para el cumplimiento de obligaciones internacionales, por otra parte, ello en sí mismo contradice el insistente discurso de la COIDH respecto al llamado *control de convencionalidad*, pues por varios años ha calificado a “eso” incluso como una obligación a cargo de los Estados, por medio del cual ha buscado imponer en estos un modelo de control de la regularidad de las normas nacionales frente a las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana. Aunque es cierto que nunca ha precisado, y mucho menos ha sido constante, respecto a los efectos del modelo que ha ordenado que desarrollen *ex officio* todos los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia, y, a veces, sin congruencia secuencial alguna, todos los poderes y órganos estatales.

Pero, que ahora la Corte afirme eso, y en la siguiente frase del mismo párrafo repita algunas de sus viejas ideas, es tan solo una más del conjunto de contradicciones con las cuales ha sido construida la que incluso se ha llamado por algunos como *doctrina del control de convencionalidad*.

El segundo caso en el que en el año 2014 la COIDH se refiere al llamado *control de convencionalidad* es el *Norín Catrimán y otros*²⁶, en el que no repite sus viejas formulaciones, ni hace nuevos desarrollos, sino que se acerca más a lo que estableció en la resolución del caso *Gelman* al establecer en tres párrafos diferentes, pero de forma casi idéntica, que “las autoridades judiciales deben aplicar [los] criterios o estándares establecidos por la Corte [Interamericana] en ejercicio del control de convencionalidad”.

24 *Ibíd.*, párrs. 124 y 151.

25 Es tan significativa la frase que el juez FERRER MAC-GREGOR, en el párrafo 84 de su voto concurrente a ese caso, tras citar esa misma frase, afirma: “En todo caso, la Corte IDH ha reiteradamente establecido que lo importante es que se le otorgue un ‘efecto útil’ al tratado, es decir, que el mismo sea respetado y garantizado de la forma que los Estados parte consideren más pertinente”. Lo cual, sin duda alguna, también se aparta de algunas de sus anteriores opiniones, en las que apoyaba o creía en un modelo uniforme (con diferentes intensidades) que llegaba al extremo de pensar, pese a la naturaleza del derecho internacional derivado del marco de la Organización de Estados Americanos, en un *ius commune interamericano*. Por lo que resulta altamente interesante esta posición y frase, entiendo yo, ya que muestra un paso atrás o al menos una nueva forma de acercarse a algo que antes parecía simple, uniforme y con un mandato único definido desde la COIDH.

26 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279, párrs. 436, 461 y 464.

Con ello, nuevamente se refiere solo a las autoridades judiciales (¿por los hechos del caso?²⁷) y a una aplicación de la Convención Americana por medio de los criterios o estándares fijados por ese tribunal interamericano. Pese a referirse el caso a Chile, no repite la Corte la formulación que muchas veces había utilizado en casos vinculados con este país y otros muchos casos más, haciendo un mayor énfasis en la *aplicación*, y claramente apartándose de lo establecido apenas unos meses antes en su jurisprudencia contenciosa.

Finalmente, en este recuento, dentro de ese periodo de tiempo de los últimos seis meses de 2013 y el primer semestre de 2014, la COIDH hace referencia al falso *control de convencionalidad* en siete (7) resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia, cinco (5) de las cuales se refieren a casos en los que se determinó la responsabilidad internacional de México.

En los dos (2) casos no mexicanos se le menciona como un ejercicio destacado que deben llevar a cabo los jueces y órganos de la administración de justicia. En los restantes cinco casos, al referirse al falso *control de convencionalidad* prácticamente solo se hace mención de las decisiones que ha tomado en relación con este la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, sin aportar nada en concreto al análisis interamericano; solo se hace una descripción²⁸ de la situación particular de un país en el que, me consta, se incluyó la idea del falso *control de convencionalidad* con gran amplitud y poca reflexión, atendiendo a la naturaleza jurídica del expediente (determinación) en el que se hacía ello una mañana de jueves, previa a vacaciones, en la que lo que más importaba era cerrar una discusión que llevaba varios días. Y en la que, además, se optó por seguir como un mero argumento de autoridad lo dicho por aquellos que tanto han difundido dicha figura jurídica, pero poco han respondido de sus inconsistencias.

Lo antes descrito (para el periodo junio de 2012 a julio de 2014^[29]) y lo establecido en textos precedentes que he desarrollado respecto a este tema³⁰, es en gran medida una reconstrucción de la historia jurisprudencial del falso *control de convencionalidad*. Historia que es amplia y compleja por sus inconsistencias y variaciones que impiden llegar a conclusiones únicas. Historia jurisprudencial que invito a quien lee estas líneas a que revise, para dejar de repetir entendimientos parciales y poco profundos de “algo” que nunca ha sido claro qué es.

27 En los hechos del caso que dan origen a la responsabilidad internacional hay una clara intervención de autoridades de naturaleza administrativa y omisiones de la legislativa, como se confirma en el apartado de reparaciones de la sentencia. Esto demuestra que la explicación que se me dio en la COIDH (*supra*, nota 9) carece en realidad de sustento.

28 Descripciones en las que por lo visto la COIDH poco entiende del sistema jurídico mexicano, pues hace mención de una *determinación* (expediente varios 912/2010) como si se tratara de una *sentencia*, cuando hay importantes diferencias en sus efectos jurídicos. Pero eso poco le importa a la COIDH.

29 Advierto e insisto: hasta julio de 2014 solo habían sido publicadas por la Corte Interamericana cuatro sentencias.

30 Véase *supra*, notas 1 y 2.

II. LA PRECISIÓN CONCEPTUAL DE BAJO NIVEL. ¿DÓNDE ESTÁ LO NOVEDOSO DE APLICAR LA CONVENCION AMERICANA?

Como ya se recordó, el término *control de convencionalidad* llevaba siete años en uso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana para el año 2013. Pese a ello, esta poco había precisado respecto a cómo entendía ese término. La Corte no había explicado si lo que pedía era un ejercicio verdadero de control equivalente al de constitucionalidad (inaplicaciones-expulsiones normativas), si era una labor idéntica a la de los órganos internacionales como únicos y originales poseedores del *control de convencionalidad (o de tratados)*, o qué operación jurídica era exactamente la que ordenaba.

En marzo de 2013, la COIDH, por primera vez en su historia jurisprudencial, explicó con más detalle qué es y cómo entiende el falso *control de convencionalidad* que pide lleven a cabo los órganos de los Estados. Esto lo hizo en una resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia³¹, no en un caso contencioso, no en una opinión consultiva. Por eso afirmo que la precisión respecto de su falso *control de convencionalidad* la hizo la COIDH a bajo nivel.

Y es a bajo nivel, ya que el único fundamento que tiene ese tipo de resoluciones para ser emitidas se encuentra en el artículo 69.4 del Reglamento de la COIDH, no en su Estatuto, no en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas resoluciones no tienen fundamento en la CADH, pues pese a que el artículo 65 de esta establece que “[l]a Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”; en esa norma no se le autoriza a la COIDH la emisión de una resolución o decisión respecto al cumplimiento o supervisión de cumplimiento, sino tan solo la presentación de un informe en el que señale de manera especial los casos de incumplimiento. Por lo que el único respaldo jurídico de estas resoluciones se encuentra en el artículo 69.4 del Reglamento vigente de la COIDH. Esa facultad se la otorgó la Corte Interamericana en 2009^[32], cuando adicionó el artículo 63 de su antiguo Reglamento³³. De ahí que sean unas resoluciones del más bajo nivel normativo posible en el sistema interamericano³⁴.

31 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013.

32 Adicionado por la Corte durante su Octogésimo Segundo Período Ordinario de Sesiones, en la sesión celebrada el día 29 de enero de 2009.

33 Aprobado por la Corte en su XLIX Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2001 y reformado parcialmente por la Corte en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009. Último antecedente del Reglamento vigente en agosto de 2013.

34 Para más información respecto a los efectos de la jurisprudencia interamericana, cfr.:

Pero, con las reservas jurídicas que ello debe tener en la práctica, no en la misma medida para los estudios académicos, fue ahí en donde la COIDH estableció que es en la jurisprudencia interamericana en donde se ha acuñado el concepto de *control de convencionalidad*, el cual es concebido como una institución que se utiliza para *aplicar el derecho internacional*, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la COIDH³⁵.

Posterior a eso, repite en esencia la COIDH lo que ha descrito en sus últimas sentencias, no así a lo largo de su historia jurisprudencial respecto al tema, para señalar³⁶:

Quando [un] Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales.

Por ello entiende que lo que denomina como *control de convencionalidad* tiene las siguientes características³⁷:

- Lo deben hacer todas las autoridades estatales
- Se debe hacer *ex officio*
- Se hace entre normas internas y la Convención Americana
- Debe hacerse en el marco de las respectivas competencias de todas las autoridades y de las regulaciones procesales correspondientes
- Debe tener en cuenta el tratado y la interpretación de la COIDH

Como se observa, en esta ocasión, contrario a lo que hace posteriormente en mayo y noviembre de 2013^[38], como antes se explicó, la Corte vuelve a dirigir dicho control a todas las autoridades del Estado. En lo demás, se mantiene en esencia estable.

Pero, si entendemos que se trata de una mera aplicación de la Convención Americana, como la Corte lo reitera varias veces en esta resolución, podríamos traducir sus ideas de la siguiente forma:

KARLOS CASTILLA JUÁREZ, “La fuerza jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Jueces por la Democracia. Información y debate*, n.º 78, noviembre de 2013, Madrid, pp. 132-151.

35 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párrs. 65 y 68.

36 *Ibíd.*, párr. 66.

37 *Ibíd.*

38 Véase el apartado II de este documento.

Todas las autoridades estatales están en la obligación de ejercer *ex officio* [una aplicación del derecho internacional, esto es, aplicar] las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Bajo ese entendimiento, pese a que no deja de ser un falso *control de convencionalidad*, podría ser admisible su construcción al ser, en esencia, una reiteración de las obligaciones primarias que deben cumplir los Estados cuando son Parte de un tratado. Es decir que, por errónea que sea la utilización del término *control de convencionalidad*, esta es pacífica con el sistema jurídico nacional de cada país, al no imponer jerarquías normativas ni crear sistemas de control donde no los hay, sino tan solo exigir la aplicación de la Convención Americana y sus interpretaciones.

Es muy bueno que lo precise la COIDH, aunque en algunos casos es un poco tarde, como en el caso de México, en donde, por esta falta de entendimiento, se ha creado un sistema complejo que más que avanzar en la protección de los derechos humanos se ha estancado y ha generado importantes rechazos. Aunque también aceptación; pero en todo caso con una pésima implementación, al no comprenderse de manera adecuada las relaciones entre las normas de origen nacional y las normas de origen internacional cuando ambas forman ya parte de un mismo sistema jurídico³⁹.

El que el falso *control de convencionalidad* que han difundido por repetición, sin reflexión, la COIDH y un importante número de doctrinarios no sea todo lo que estos últimos han dicho, soñado, deformado, alterado y manipulado, sino tan solo una *mera aplicación de la Convención Americana*, al parecer se confirma con las dos manifestaciones que se dice tiene esa manoseada figura jurídica, a saber:

1. Cuando existe una sentencia en la que el Estado es parte, el Estado debe cumplir y aplicar la sentencia.

2. Cuando el Estado no es parte en un caso, el Estado debe emitir y aplicar sus normas nacionales de manera válida y compatible con la CADH, así como la determinación, juzgamiento y resolución de casos particulares teniendo en cuenta dicho tratado y sus precedentes jurisprudenciales.

Esto es: ninguna novedad de fondo. Simplemente, se dice que el Estado por medio de todos sus órganos y autoridades debe cumplir con las obligaciones internacionalmente adquiridas, las cuales en el caso de la Convención Americana implican justamente lo que se describe en los dos puntos antes citados, contenidos en los artículos 1, 2 y 68 de la CADH.

39 Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, párr. 88.

Entendimiento que en mi opinión se confirma por el hecho de que diez meses después de este la COIDH expresamente dice que “la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad”; con lo que clarifica aún más que el falso *control de convencionalidad* que ha difundido no es en realidad ningún sistema, modelo o criterio de control o evaluación normativa, sino tan solo, una reiteración de la sí existente obligación que tienen los Estados de aplicar la CADH.

Lo que también significa, como lo he señalado desde hace más de tres años, que el *falso control de convencionalidad* tan difundido por la COIDH no era ninguna novedad, no era ni podía ser un verdadero *control de convencionalidad*, y que tan solo era una forma que buscó la Corte Interamericana para exigir un mayor cumplimiento de la Convención Americana, principalmente por los jueces nacionales; pero que, por su erróneo y desaseado uso del término *control de convencionalidad* ha generado problemas donde no los había. Aunque también, debo de reconocerlo, por otra parte, ha generado un interés inusual en el sistema interamericano en algunos países; si bien, lamentablemente, para que eso se pudiera valorar de manera positiva habría debido estar acompañado de explicaciones claras no solo de lo que pretendía, como me parece ahora lo hace, sino también, por ejemplo, del uso de su jurisprudencia.

Con todo esto parece claro que no hay *per se* inaplicaciones, expulsiones, declaratorias de responsabilidad o figuras similares en donde no las hay expresa y reguladamente establecidas en cada sistema jurídico nacional. No hay una primacía, efecto directo, ni superioridad *per se* de la Convención Americana, sino solo en aquellos casos en que el sistema normativo nacional así lo reconozca por medio de sus órganos constitucionalmente legitimados para ello. El juez nacional en realidad no es juez interamericano, pues cada uno de estos cumple funciones específicas similares por sustantivamente distintas respecto a la CADH, por el simple hecho de que el juez interamericano real (Corte) es subsidiario del nacional, con todo lo que ello significa e implica.

Con esta forma de entender ahora la Corte Interamericana el falso *control de convencionalidad*, tal parece que estamos más bien en presencia simplemente de lo que, por dar una denominación específica y distintiva, he llamado *garantía de tratados*. Sin que eso sea en realidad ninguna gran novedad sustantiva, sino tan solo la especificación de las distintas obligaciones internacionales adquiridas al ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por lo que, recordando⁴⁰, *la garantía de tratados* es la obligación (art. 1.1 CADH) que toda autoridad del Estado, incluida la vinculada con la adminis-

40 CASTILLA JUÁREZ, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, cit., pp. 91-94.

tracción de justicia en un Estado (art. 28 CADH), tiene de asegurar *ex officio* el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, por medio de la aplicación de los tratados interamericanos que integran su sistema jurídico nacional y la interpretación acorde a tratados de todas las normas internas (art. 29 CADH), observando la jurisprudencia de la COIDH (art. 68 CADH) y el principio *pro persona* (art. 29 CADH), a fin de que no se vea mermado el objeto y fin de dichos tratados (art. 1 CADH); y de que, de tener la competencia, de conformidad con los procedimientos (nacionales) especialmente establecidos para hacer efectivos los derechos humanos (art. 2 CADH), solicite a los órganos facultados para ello o directamente (de tener la competencia) inaplique o expulse las normas nacionales que se opongan al contenido de los tratados interamericanos (de conformidad con su sistema normativo constitucional).

Pero al final y como me lo han criticado⁴¹, eso no es ninguna novedad de fondo, equivale tan solo decir de una manera diferente que todos los órganos del Estado, incluidos por supuesto los del Poder Judicial, deben cumplir con sus obligaciones internacionales. Lo que de ninguna manera es hacer *control de convencionalidad*, pues ello es una operación distinta a lo antes dicho, como más adelante se detallará.

En esto insistiré siempre, buscando ser claro en lo que pretendo expresar: cuando en la doctrina y por los tribunales constitucionales se acepte que aplicar la Constitución es hacer *control de la constitucionalidad*, en ese momento aceptaré que aplicar la Convención Americana es hacer *control de convencionalidad*. Muchos siguen sin entender eso, que por simple que parece tiene mucho de fondo. Creo que se niegan a entenderlo porque es mucho lo que han escrito y publicado. Pero ojalá sean capaces de denominarlo *falso control de convencionalidad*, o como la COIDH lo hace en esta resolución que pretende ser aclarativa: el llamado control de convencionalidad⁴².

Si se logra, con la nueva integración que tiene la Corte Interamericana desde enero de 2013, mantener un poco de congruencia y orden jurisprudencial, y se multiplican los esfuerzos para difundir que el llamado *control de convencionalidad* es una mera aplicación de la Convención Americana y sus interpretaciones, como antes aquí se ha explicado, habrá mucho que reconocerle al tribunal interamericano, pues estará regresando a cumplir con su función, sin entrometerse en los sistemas constitucionales normativos, de organización y funcionamiento, más allá de lo que la Convención Americana y otros tratados interamericanos lo facultan y dan competencia. Esperemos

41 JORGE CONTESSE, “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en SELA, Yale Law School, disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf

42 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, párr. 70.

que así sea, no por el bien de las normas o instituciones, sino de los derechos humanos de las personas.

III. LO CONFUSO DE LO DIFUSO CONTINÚA

Al no ser un verdadero *control de convencionalidad* lo que pide la Corte Interamericana que hagan todas las autoridades de los Estados, resulta evidente que ese falso *control de convencionalidad* no se puede considerar como difuso, ni interno.

Así, tal parece que también lo entiende una mayoría de la COIDH, reforzando las conclusiones a las que antes he llegado, pues en esa misma resolución de supervisión de cumplimiento que se ha venido analizando (Gelman) afirma que lo que ella llama *control de convencionalidad* es en realidad una obligación inicial de los Estados, y que solo en caso de que estos no cumplan con aquella, la Corte Interamericana ejerce un control complementario de *convencionalidad*⁴³.

Lo anterior pone en evidencia que la Corte Interamericana no considera, como lo hacen muchos desde la academia, e incluso uno de sus ahora integrantes⁴⁴, que lo que pide que se haga a nivel interno no es un *control difuso de convencionalidad*, con todo lo que ello podría significar, sino tan solo que se aplique la Convención Americana y sus interpretaciones.

Por eso, de manera enfática establece que el (falso) control de convencionalidad es una obligación de las autoridades estatales y su ejercicio compete, solo subsidiaria o complementariamente, a la Corte Interamericana cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción⁴⁵. Esto es, que cuando las autoridades no aplican la Convención Americana (no cumplen con sus obligaciones internacionales), lo hará la COIDH si el caso es sometido a su jurisdicción. Aunque la Corte Interamericana, además de aplicar la CADH y sus precedentes –por cierto, no siempre con la congruencia que un órgano de sus características debiera tener–, hace un real *control de convencionalidad*, es decir, determina el cumplimiento o incumplimiento de esas obligaciones internacionales, establece en su caso la responsabilidad internacional y, como consecuencia de ello, la reparación.

Interpretarlo de otra forma nos llevaría al absurdo de decir que es obligación de los Estados determinar el incumplimiento de obligaciones y la responsabilidad internacional cuando estos son la fuente de ello, y que si

43 Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, párrs. 70-72 y 87.

44 El juez FERRER MAC-GREGOR en esta resolución vota con la mayoría aunque emite un voto razonado en el que habla del “control difuso de convencionalidad”.

45 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, párr. 87.

los Estados no lo hicieran, entonces sí, de manera complementaria, la COIDH lo podría hacer.

Pero no, al tratarse de una mera aplicación de la Convención Americana, esto es, de un mero cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por ser parte de esta, si el Estado incumple, subsidiariamente hará que se cumpla con ellas la Corte Interamericana. Aunque vale la pena advertir que aquí nuevamente se equivoca la COIDH, pues antes de que subsidiariamente pudiera actuar ella para que se cumplieran las obligaciones contenidas en la CADH, primero lo tendría que hacer la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Pero nuevamente, como lo ha hecho durante todo el desarrollo de sus ideas relativas al falso *control de convencionalidad*, la COIDH, como la gran mayoría desde la doctrina, olvida o pasa por alto a la CIDH como parte del sistema existente en América para la protección de los derechos humanos⁴⁶.

Si no se lee con la paciencia necesaria todo lo anterior directamente de la resolución, con voto incluido, así como lo que en fechas posteriores ha establecido la COIDH, no es fácil de seguir y lo difuso, se hace confuso, y lo complementario, complejo.

Si entendemos, con todo lo que precisó la COIDH en la multi-referida resolución de supervisión de cumplimiento del caso *Gelman* respecto al falso *control de convencionalidad*, que de lo único de lo que se trata es de aquello que puede presuponer cualquier persona con conocimientos jurídicos básicos, pero sólidos, esto es, que si se es parte en un tratado las obligaciones ahí contenidas se deben cumplir (aplicarse) por todas las autoridades del Estado, porque todas pueden generar responsabilidad internacional si no lo hacen así, y que ese “todas” incluye por lógica al Poder Judicial y demás autoridades vinculadas con la administración de justicia, todo habría sido más sencillo. Como sencillo hubiera sido si no se hubiera usado erróneamente el término *control de convencionalidad* y todo lo que este representa, como suele ser respetado y celosamente cuidado el uso del término *control de constitucionalidad*.

Parece irreversible la utilización del falso *control de convencionalidad* para referirse a esa mera aplicación de la Convención Americana y las interpretaciones de esta hechas por la COIDH, en perjuicio del verdadero *control de convencionalidad*; pero al menos, parece quedar claro que no puede haber desde las sentencias de la Corte Interamericana mandato alguno para establecer jerarquías normativas, diseños de control de la regularidad normativa, ni de la forma de organización de los Estados, pues todo esto solo está en manos de los órganos nacionales constitucional y legítimamente facultados para ello.

46 CASTILLA JUÁREZ, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, cit., pp. 88 y 89.

IV. EN DEFENSA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Tal vez he leído poco en la vida, pero nunca he encontrado que desde estudios doctrinarios y, mucho menos, desde los tribunales constitucionales u órganos facultados para llevar a cabo el control de constitucionalidad en un sistema concentrado, difuso o mixto, se afirme, ni que se sugiera, que el cumplir o aplicar el texto de una Constitución puede ser entendido como *control de constitucionalidad*. Tal vez eso pasa por el valor y significado que los constitucionalistas han sabido darle y reconocerle a tan importante función en un sistema jurídico.

En tanto que, tal parece, nada similar ocurre cuando se habla del *control de tratados o de convencionalidad* que llevan a cabo los órganos internacionales de vigilancia y protección de los derechos humanos y, en general, todos los tribunales internacionales, como nos lo ha demostrado el falso *control de convencionalidad* interamericano.

Eso se debe, considero, a que los internacionalistas estamos muy ocupados en otros debates, a que pocos nos hemos dado cuenta de que esa actividad tan importante que tienen a su cargo por su naturaleza los órganos internacionales de vigilancia y control de los tratados ha adquirido una denominación propia, poco estudiada desde el ámbito internacional porque los problemas que mayormente presenta esta no están en sus efectos, ni se refieren a quién podía llevarla a cabo, sino en todo caso en las formas de hacer exigibles sus resultados a partir de la incorporación en el derecho interno del derecho internacional. Por lo que muchos internacionalista no nos hemos enterado muy bien de que el tradicional *control y vigilancia de tratados* ha sido desnaturalizado, vulgarizado, manoseado y usado erróneamente para explicar algo más simple y previo: el cumplimiento de las obligaciones internacionales primarias derivadas de ser parte en un tratado.

Pero también, ese manoseo del verdadero *control de convencionalidad* se ha dado porque muchos constitucionalistas (uno que otro de origen penalista, civilista, administrativista o procesalista) latinoamericanos poco hemos querido entender y acercarnos a las bases del derecho internacional, pese a que es la rama jurídica en la que se enmarcan los tribunales internacionales como lo es la Corte Interamericana. Lo anterior no lo afirmo de manera peyorativa, sino como una realidad al leerles con sorpresa cuando sin el menor cuidado, por ejemplo, consideran que el derecho internacional derivado del Consejo de Europa es igual al de la Unión Europea y se atreven a equiparar este último con el que deriva de la Organización de Estados Americanos o, peor aún, cuando olvidan que el tratado interamericano base del sistema de derechos humanos ha establecido entre los Estados y la COIDH un procedimiento que se desarrolla ante la CIDH, por lo que eso no se elimina con afirmaciones, ni con sugerentes propuestas como las acciones de inconvencionalidad, sino

solo entendiendo de verdad el sistema interamericano de derechos humanos y los tratados que le otorgan competencia.

Ante esa situación y realidad, solo me queda insistir⁴⁷ en que el *control de convencionalidad* o *control de tratados* está depositado en los tribunales internacionales⁴⁸, al ser estos los únicos con competencia para determinar cuándo un acto u omisión de un Estado se contrapone a la obligación internacional adquirida por el mismo al firmar, ratificar o adherirse a un instrumento internacional. Los tribunales internacionales son los únicos que pueden determinar cuándo un hecho o acto imputable a un Estado es incompatible con el contenido de la norma internacional, así como los únicos facultados, a partir de esa determinación, para establecer la responsabilidad internacional del Estado y las consecuencias que de esta derivan.

La jurisdicción internacional es la intérprete final de los tratados respecto a los cuales tiene competencia; nadie más que los tribunales internacionales puede decidir sobre el incumplimiento de una obligación internacional, siendo los únicos autorizados en ese sentido, a tal grado que el fallo que emiten en un caso es definitivo y sin apelación⁴⁹. El *control de convencionalidad* constituye la función esencial de dichos tribunales, toda vez que no se erigen en funcionarios, legisladores o jueces nacionales, sino que interpretan los actos internos al amparo de la Convención⁵⁰.

En ese sentido, una simple aplicación o cumplimiento de obligaciones internacionales, como lo pide la COIDH en su falso *control de convencionalidad*, es cualquier cosa menos un verdadero *control de convencionalidad o de tratados*, aunque se le denomine difuso.

Esto es así, insisto, porque el verdadero *control de convencionalidad o de tratados* conlleva los siguientes elementos caracterizadores:

1. Vigencia de un tratado internacional.
2. Competencia de un órgano internacional para conocer de la interpretación, aplicación y solución de controversias del referido tratado.

47 CASTILLA JUÁREZ, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, cit., pp. 606 a 611.

48 Véanse en idéntico sentido las afirmaciones de Héctor Fix-Zamudio, en XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, “Los controles de constitucionalidad y convencionalidad en el ámbito interno”, disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=ygPlkjFWYrU> (Consultado el 5 de enero de 2013).

49 Cfr. MAX SORENSEN, *Manual de derecho internacional público*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p. 661, y cfr., a manera de ejemplo, los artículos 67 CADH y 60 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

50 Cfr. SUSANA ALBANESE, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008, pp. 15 y 16.

3. Primacía del tratado internacional sobre cualquier otra norma, incluida la Constitución, que es vista solo como un hecho más, velando por que el objeto y fin del tratado no sea afectado por otras normas, actos y hechos.

4. Contraste del tratado con la totalidad de actos y hechos del Estado.

5. Determinación del incumplimiento o no de una obligación internacional.

6. Determinación de responsabilidad internacional y sus consecuencias, ante el incumplimiento de la obligación internacional.

De todo lo antes señalado resulta claro que la COIDH desde su origen viene haciendo esta labor y bajo esas características. Aunque la terminología aludida, esto es, *control de convencionalidad*, ha sido utilizada en los últimos tiempos.

Esto no significa que el Poder Judicial, que los jueces y tribunales nacionales no estén obligados a aplicar e interpretar el contenido de los tratados internacionales, a velar porque los efectos de las disposiciones de los instrumentos interamericanos no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, ni que no puedan analizar la compatibilidad de las leyes internas con dichos instrumentos, puesto que a todo ello están obligados desde el momento en que las normas de origen internacional se incorporan al sistema nacional al que se encuentran vinculados, al orden jurídico nacional que están llamados a respetar, aplicar e interpretar como órganos jurisdiccionales.

Pero sí, sin duda alguna, nos parece difícil de entender cómo el Poder Judicial podría establecer que el Legislativo o el Ejecutivo están incumpliendo una obligación internacional que les hace incurrir en responsabilidad de esa naturaleza, o declarar que la Constitución o una de sus normas es contraria a un tratado internacional, y optar por la aplicación de este y la inaplicación de la norma constitucional, sin tener expresa competencia reconocida en ley (o mejor aún, en la Constitución) para ello; y más cuando en la mayoría, por no decir que en todos los casos latinoamericanos, al interior de los Estados la norma suprema es la Constitución, a la cual en el mejor de los casos suelen incorporarse las normas de tratados como normas constitucionales⁵¹. Y peor aún, que cualquier juez pudiera hacer esto y decidir en los sentidos que han sido antes indicados.

El juez nacional en todo caso debe aplicar el tratado y hacer que se cumpla. Ha de velar por su efecto útil, pero siempre de acuerdo a las competencias y facultades que tenga constitucionalmente reconocidas y en la forma en que la CADH o cualquier otro tratado haya sido incorporado al sistema normativo

51 Pero en todo caso, la forma y posibilidades en que se relacionan las normas de origen nacional y las de origen internacional dependen del propio texto de la Constitución de cada Estado, por lo que no pueden hacerse generalizaciones simplistas respecto a esto. Si en algún Estado los tratados pueden estar por encima de la Constitución, así será en ese Estado, pero no por ello se puede afirmar que en todos los Estados es igual, y menos ello podría ser ordenado por la COIDH.

constitucional. Por lo que podrá hacer control de constitucionalidad o de legalidad, según el lugar que ocupen los tratados en el sistema jurídico específico que se analice, siempre observando sus obligaciones internacionales; pero nunca hacer *control de convencionalidad*. Lo cual a nadie debe alarmar, pues es lo jurídicamente lógico, si se entiende la relación del derecho de origen internacional y de origen nacional.

Lo deseable sería que ese *falso control de convencionalidad* fuera denominado de cualquier otra forma, pero no bajo ese término, ya que el *control de convencionalidad* debe significar algo preciso y de gran importancia, reservarse a esa importante y compleja función que cumplen los órganos y tribunales internacionales, no utilizarse para referirse a cualquier mera aplicación y cumplimiento de la Convención Americana u otros tratados de derechos humanos.

Yo he sugerido la denominación de *garantía de tratados*, y he dado las razones y argumentos necesarios para sustentarlo. Pero puede ser cualquier otra la denominación, menos la que hasta hoy se viene usando para referirse a esa institución que sirve como instrumento para aplicar el derecho internacional y, específicamente, la que usan la Convención Americana y las interpretaciones de esta.

Parece imposible lograr lo anterior, pero ojalá que al menos se entienda lo delicado que es, o puede ser, el usar de manera tan laxa un término que implica una labor específica. Por eso, insisto, yo estaré dispuesto a aceptar que se le llame *control de convencionalidad* a eso que la Corte Interamericana pide que hagan las autoridades del Estado, en el momento en que cualquier aplicación y cumplimiento de las normas constitucionales sea considerado como *control de constitucionalidad*. En tanto no ocurra ello, mi posición será la misma. Salvo que me permitan afirmar y respalden mis amigos constitucionalistas si digo que al crear una ley o al reformarse la Constitución, si se observa (aplica) su contenido, el Poder Legislativo hace *control de constitucionalidad*. Si aceptan ese erróneo entendimiento mío, podría admitir sin reservas el erróneo entendimiento del *control de convencionalidad* que han venido haciendo la COIDH y un muy importante sector de la doctrina latinoamericana.

CONCLUSIÓN

La nueva integración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de enero de 2013 parece representar una esperanza en la recuperación del buen uso y significado del término *control de convencionalidad* en la jurisprudencia interamericana. Aunque es pronto para decir que así será, al menos se ha avanzado al definir en bajo nivel qué entiende la Corte Interamericana y cómo se manifiesta ese falso *control de convencionalidad* que ha venido difundiendo la propia Corte por más de siete años en América Latina.

Lo caótico e inestable que ha sido el falso *control de convencionalidad* se demuestra con una lectura seria y completa del conjunto jurisprudencial en donde se recoge dicha figura, nunca solo de cuatro (4) o cinco (5) sentencias, reafirmandose ello en el uso que se le dio en los últimos meses del año 2012, en donde, incluso en cuestión de días cambió el criterio más de dos veces. Pero pese a ello, sigue habiendo voces que afirman que ese uso es pacífico, estable y progresivo.

En los últimos siete meses de 2013 y en el primer semestre de 2014 las referencias al falso *control de convencionalidad* han sido cada vez menos en la jurisprudencia de la COIDH, cada vez más breves y, al parecer, cada vez más consistentes por fin. Veremos en los próximos meses si eso se mantiene, y si podremos afirmar que el camino se está en verdad recomponiendo.

A partir de la nueva integración de la Corte Interamericana parece que esta tiene claro, al menos por mayoría, que su falso *control de convencionalidad* no es más que una mera aplicación de la Convención Americana y de la jurisprudencia derivada de las interpretaciones de esta, que no es más que los Estados cumplan con sus obligaciones primarias al ser parte de los tratados interamericanos, y que, en caso de que ello no ocurra, como todo sistema internacional, subsidiaria o complementariamente actúa la COIDH, previo paso por la CIDH, en ejercicio de un verdadero *control de convencionalidad*. Como no podría ser de otra forma.

Los fines, pese a lo erróneo de la utilización del término *control de convencionalidad*, no hay duda que siempre han sido positivos. Lo deseable y lo obligado es que el Poder Judicial (y en general todos los órganos del Estado) deje de ver el derecho de origen internacional como *derecho internacional*, para verlo como derecho interno que también conforma el sistema jurídico nacional. No en la forma en que por ocurrencia lo diga la COIDH o parte de la doctrina latinoamericana, sino en la que lo establece su sistema normativo constitucional. Que los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte a la Convención Americana [conozcan] a fondo y apli[quen] debidamente no solo el derecho constitucional y el derivado de este, sino también el derecho internacional de los derechos humanos⁵². Asimismo, que lo apliquen e interpreten como una norma más que integra el orden jurídico nacional, impidiendo que las normas inferiores o iguales a este afecten su objeto y fin al contrastarlos, y permitiendo que la Constitución como norma de igual o superior jerarquía se nutra con su contenido, esto es, que el Poder Judicial lleve a cabo una interpretación de derechos y libertades acorde a tratados, que cumpla con la *garantía de tratados*.

El futuro parece alentador; esperemos que algún día se entienda el valor e importancia del *control de convencionalidad*, como valor, importancia y

52 *Voto razonado del ANTONIO AUGUSTO CAÑADO TRINDADE a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, párr. 3.

seriedad se da cuando se utiliza y analiza el término *control de constitucionalidad*.

Parece simple, pero de fondo significa mucho más de lo que muchos han creído (repetido) y creen (repiten) envueltos en una inercia de aparente progresismo pero sin reflexión sustantiva de fondo.

Las obligaciones contenidas en los tratados se deben cumplir. El sistema normativo constitucional se ha de respetar. Armonizar ambos no siempre es sencillo, pero tampoco es imposible. Hacer compatible el derecho de origen nacional y el de origen internacional no necesita de ocurrencias terminológicas, sino de una profunda reflexión y seriedad en el análisis, pues lo que está en el fondo es la efectiva garantía y protección de los derechos humanos. Los derechos y libertades de todas y todos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, SUSANA, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008.
- CANÇADO TRINDADE, ANTÔNIO AUGUSTO, Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*.
- CASTILLA JUÁREZ, KARLOS, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, pp. 51-97.
- CASTILLA JUÁREZ, KARLOS, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 593-624.
- CONTESE, JORGE, “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *SELA*, Yale Law School, disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contese_CV_Sp_20130401.pdf
- CORTE IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154.
- CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220.
- CORTE IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239.
- CORTE IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de marzo de 2014.
- CORTE IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C n.º 272.

- CORTE IDH, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C n.º 246.
- CORTE IDH, *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C n.º 273.
- CORTE IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013.
- CORTE IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221.
- CORTE IDH, *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C n.º 253.
- CORTE IDH, *Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C n.º 271.
- CORTE IDH, *Caso J vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C n.º 275.
- CORTE IDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C n.º 276.
- CORTE IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones de 30 de noviembre de 2012. Serie C n.º 259.
- 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 n.º 252.
- CORTE IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250.
- CORTE IDH, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C n.º 260.
- CORTE IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279.
- CORTE IDH, *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C n.º 274.
- CORTE IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C n.º 209.
- CORTE IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 158.
- SORENSEN, MAX, *Manual de derecho internacional público*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.