

# El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá

JOAQUÍN A. MEJÍA R.,  
JOSÉ DE JESÚS BECERRA R.  
Y ROGELIO FLORES  
Coordinadores

José de Jesús Becerra Ramírez  
Wendy J. Maldonado Urbina  
Joaquín A. Mejía Rivera  
Josué Padilla Eveline  
Carlos Rafael Urquilla Bonilla  
Gonzalo Carrión Maradiaga  
Wendy Flores Acevedo  
Soraya Long  
Salvador Sánchez G.  
José Miguel Cabrales Lucio

*Editorial*  
**San ignacio**  
Tus deseos e impresiones hechos una realidad

 **diakonia**  
GENTE QUE CAMBIA EL MUNDO

  
editorial  
guaymuras



**El control de convencionalidad  
en México, Centroamérica y Panamá**



# **El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá**

JOAQUÍN A. MEJÍA R.,  
JOSÉ DE JESÚS BECERRA R.  
Y ROGELIO FLORES  
Coordinadores

José de Jesús Becerra Ramírez  
Wendy J. Maldonado Urbina  
Joaquín A. Mejía Rivera  
Josué Padilla Eveline  
Carlos Rafael Urquilla Bonilla  
Gonzalo Carrión Maradiaga  
Wendy Flores Acevedo  
Soraya Long  
Salvador Sánchez G.  
José Miguel Cabrales Lucio



**diakonia**

GENTE QUE CAMBIA EL MUNDO

*Editorial*  
**San ignacio**  
Tus desafíos e impresiones hechos una realidad

323            *El control de convencionalidad en México,*  
L87            *Centroamérica y Panamá /*  
C.H.            Coordinadores Joaquín A. Mejía R. y  
                  José de Jesús Becerra Ramírez  
                  y Rogelio Flores [et al].-[Tegucigalpa]:  
                  Editorial Casa San Ignacio /  
                  [Editorial Guaymuras], [2016].  
                  255 pp.

ISBN: 978-99926-739-7-4

© Editorial Casa San Ignacio  
El Progreso, Yoro.  
Teléfono: (504) 2647-4227  
Fax: (504) 2647-0907

ISBN: 978-99926-739-7-3

Primera edición: enero de 2016

Diseño e impresión:  
Editorial Guaymuras

Diseño de portada:  
Marianela González

Impreso y hecho en Honduras.  
Reservados todos los derechos.

## ÍNDICE

Presentación.....	11
Nota introductoria.....	13
Prólogo.....	15
I. El control de convencionalidad en México: Origen y desarrollo.....	19
JOSÉ DE JESÚS BECERRA RAMÍREZ	
II. El control de convencionalidad y su aplicación en los fallos de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala .....	45
Wendy Johara Maldonado Urbina	
III. El control de convencionalidad en Honduras. Avances y desafíos .....	74
JOAQUÍN A. MEJÍA RIVERA Y JOSUÉ PADILLA EVELINE	
IV. El control de convencionalidad en El Salvador: Posibilidades y desafíos .....	99
CARLOS RAFAEL URQUILLA BONILLA	
V. Los desafíos del control de convencionalidad en Nicaragua .....	133
GONZALO CARRIÓN MARADIAGA Y WENDY FLORES ACEVEDO	
VI. El control de convencionalidad en Costa Rica .....	165
SORAYA LONG	

VII.	El control de convencionalidad en Panamá .....	194
	SALVADOR SÁNCHEZ G.	
VIII.	Algunas consideraciones sobre los desafíos interpretativos (teóricos y prácticos) del control de convencionalidad en México.....	224
	JOSÉ MIGUEL CABRALES LUCIO	
	RESEÑAS CURRICULARES .....	249

[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana\*.

---

\* Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.



## PRESENTACIÓN

La interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos ha provocado una especie de tsunami jurídico que está cambiando la forma en que jueces y juezas nacionales interpretan y aplican el derecho vigente, el cual ya no se limita a las normas constitucionales y secundarias, sino que se extiende a las normas internacionales de derechos humanos asumidas por los Estados de la región.

A la luz del actualizado principio *iura novit curia*, que obliga a juezas y jueces nacionales a conocer y aplicar el derecho vigente, estos ya no pueden seguir siendo simples aplicadores de las normas nacionales, sino que se convierten en auténticos guardianes de los tratados internacionales de derechos humanos y de la jurisprudencia emanada de las interpretaciones realizadas por los órganos supranacionales facultados para ello.

En este sentido, las juezas y los jueces nacionales tienen la obligación de ejercer un doble control de la legalidad de los actos y omisiones de los poderes públicos; es decir, el control de constitucionalidad para determinar la congruencia de los actos y normas secundarias con la Constitución, y el control de convencionalidad para determinar la congruencia de los actos y normas internas con los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia internacional. En otras palabras, la nueva realidad constitucional, derivada de la interacción entre el derecho interno y el derecho internacional, obliga a juezas y jueces a garantizar la supremacía constitucional y la garantía convencional en los casos que deben resolver.

Dada la importancia de esta nueva realidad jurídica constitucional en la región, desde el ERIC-SJ-Radio Progreso consideramos importante aportar a su reflexión a través del presente trabajo que,

a lo largo de ocho capítulos, presenta ocho miradas nacionales al control de convencionalidad (México, Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Panamá), cuyo orden no está basado en criterios de importancia temática, sino más bien en una secuencia lógica geográfica de norte a sur y que vuelve al norte.

Manifestamos nuestro profundo agradecimiento a Wendy J. Maldonado Urbina (Guatemala), a Josué Padilla Eveline (Honduras), a Carlos Rafael Urquilla Bonilla (El Salvador), a Gonzalo Carrión y a Wendy Flores (Nicaragua), a Soraya Long (Costa Rica), a Salvador Sánchez G. (Panamá) y a José Miguel Cabrales Lucio (México), por la generosidad de poner sus conocimientos y experiencias en este esfuerzo académico que esperamos aporte al debate sobre la importancia del ejercicio efectivo del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de derecho.

Agradecemos el importante apoyo de DIAKONIA para la publicación de este libro. Las ideas que aquí se presentan son responsabilidad exclusiva de los autores y autoras, del ERIC-Radio Progreso y no reflejan necesariamente la opinión de DIAKONIA.

Honduras y México, octubre de 2015.

JOAQUÍN A. MEJÍA RIVERA (HONDURAS-ESPAÑA)

JOSÉ DE JESÚS BECERRA (MÉXICO)

ROGELIO FLORES (MÉXICO)

## NOTA INTRODUCTORIA

**E**n los últimos años se ha gestado un ambiente propicio para la discusión y reflexión desde el punto de vista científico de los derechos humanos, particularmente de las implicaciones derivadas de la interacción entre sus dimensiones internacional y nacional. De manera progresiva y consistente, los derechos han asumido un papel central: se han convertido en el núcleo de operación del derecho, en el límite de actuación de las autoridades, en el parámetro de formación de políticas públicas.

Es innegable que los sistemas constitucionales en Latinoamérica se encuentran en un evidente proceso de transformación, impulsado, entre otros factores, por el desequilibrio entre la *proyección estatal de los gobiernos, la tendencia al ejercicio concentrado del poder público y las implicaciones globales de sus decisiones*.

La transformación del derecho público se ha basado en el fortalecimiento de tres ejes: la democracia, el estado de derecho y los derechos humanos. Al mismo tiempo, se ha abierto un rico y productivo debate académico y jurisprudencial, propiciado por los siguientes elementos:

- La preeminencia constitucional de los derechos en la región, al haberse otorgado igual jerarquía en los ordenamientos nacionales.
- La respuesta ante el desarrollo del Estado abierto en el contexto de la globalización; y
- La incidencia nacional de los órganos supranacionales de protección de derechos, particularmente a través del llamado *diálogo entre tribunales*.

El Control de Convencionalidad ha asumido un papel trascendente en este proceso. Como se sabe, la articuladora de esta figura es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha establecido que los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deberán aplicar, por vía de los jueces

y las autoridades públicas, el derecho local y también, de manera concurrente y complementaria, el derecho convencional, ejerciendo para ello los controles de constitucionalidad y de convencionalidad en los asuntos de sus competencias.

A partir de la referencia expresa en la jurisprudencia interamericana en el año 2006, la figura ha sido objeto recurrente de análisis y también de debate. Ni la Convención Americana, ni la jurisprudencia de la Corte IDH, han definido aún un modelo concreto para realizar el control, lo que ha derivado en que cada Estado determine su propio método con base en el particular entendimiento que se tenga de la interacción entre los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 63.1 (doctrina de la reparación integral) de la Convención que, en mi opinión, son los que permiten operar el estándar.

Las configuraciones regionales del Control de Convencionalidad, las vías de solución a casos concretos, la reconfiguración de la participación de las víctimas, sus representantes, los Estados y los órganos del Sistema Interamericano de Protección, son temas que se analizan en esta obra.

Este nuevo entorno trae consigo la exigencia de analizar y comprender cómo funciona hoy en realidad el Derecho; de estudiar la manera en que se toman las decisiones jurídicas, las que surgen de los jueces, y también las que emanan de los poderes Ejecutivo y Legislativo. En la actualidad, el debate académico científico del derecho debe asumir una trascendencia teórica y práctica, convergiendo en temas como la teoría democrática del discurso jurídico, replantear la matriz para el razonamiento legal y el fortalecimiento institucional, por mencionar algunos.

Sin duda, este libro pretende abonar al necesario debate académico sobre el Control de Convencionalidad y las trascendentales implicaciones que su entendimiento, implementación y operación tienen en nuestros países latinoamericanos.

ROGELIO FLORES

Director del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado  
de Querétaro, México.

## PRÓLOGO

**H**ay esfuerzos que merecen la pena ser analizados a profundidad. Hay textos que requieren una lectura diatópica hasta llevarlos a nuestro páramo de reflexión. En el caso de esta obra, la lectura es una interpretación obligada sobre los Derechos Humanos en la región. Y es que la construcción de estados de Derecho con respeto y protección a los Derechos Humanos en nuestro tiempo, y en nuestro continente, consiste en una labor tectónica.

Los autores y autoras que crearon esta obra resumen singularmente la historia de los Derechos Humanos en el continente americano. El esfuerzo por conducir una cultura de Derechos Humanos en los países de nuestro continente —o decir, en sociedades donde prevalece la cultura de la dominación, la simulación de la democracia, y donde la impunidad de los crímenes reina como un estructurador de la sociedad—, supone una labor de riesgos, de grandes complicaciones organizativas, con importantes dilemas en la representación, y de enorme sutileza para mantener el mensaje de los Derechos Humanos a lo largo del tiempo en la población.

De estas dimensiones, cuyo espíritu es la forja de una cultura de los Derechos Humanos en los pueblos, devienen las dimensiones más especializantes, que merecen una labranza más analítica, porque llevan el esfuerzo organizativo de la lucha social hacia espacios de trabajo donde la técnica se convierte en el dilema entre la victoria y el error.

Esta obra destaca en su mismo cuerpo una labranza teórica y doctrinal sobre la utilización de componentes jurídicos constitucionales a la par de los documentos internacionales. Pero más allá de la descripción de elementos legales y teóricos, aquí se zanja un esfuerzo en la socialización de los Derechos Humanos en el primer círculo de operadores jurídicos: los funcionarios, los jueces, los abogados litigantes y las organizaciones sociales que conducen sus causas en juicios, en decisiones públicas o programas de gobierno.

Es así que la orientación analítica de los Derechos Humanos hacia jueces y juezas se convierte en una labor indispensable, que se demanda con la misma intensidad en todas las naciones del continente americano, y merece un ejercicio de contextualización de los grandes debates constitucionalistas, de los grandes instrumentos internacionales, hacia los precedentes, mecanismos de interpretación y otros instrumentos de decisión judicial que ayudarán a los juzgadores a tomar decisiones conforme a los Derechos Humanos. La técnica, en este nivel de trabajo, requiere de una suerte de trabajos arduos en el análisis del sistema jurídico nacional en consonancia con el Derecho Internacional, donde se supone un ejercicio de contextualización permanente hacia los espacios de decisión de un tribunal.

Así es que en este libro nos adentramos en los grandes problemas jurídicos de los Derechos Humanos, y en los problemas específicos de interpretación y aplicación, que merecen un análisis con técnica. A la luz de los marcos críticos del Estado de Derecho y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los autores y autoras nos conducen a un desafío singular: construir un marco de precedentes de interpretación jurisdiccional para el cumplimiento y garantía de los derechos a la luz del control de convencionalidad. Los autores y autoras pasan de un modelo teórico hacia un sistema de protección de los Derechos Humanos en la región, donde es tan importante el Derecho Internacional, como el Estado de Derecho que es posible desde la Constitución.

Para cualquier persona interesada en los Derechos Humanos o en el Constitucionalismo, esta obra es un parangón continental, que replica el esfuerzo por llevar los modelos teóricos y doctrinales hacia las coyunturas sociales y políticas que ofrece una nación americana en lo singular.

La lucha por el Derecho es una lucha social que comienza con las demandas y reivindicaciones de justicia en la voz de las víctimas, de profesionistas, amas de casa, comerciantes, estudiantes, en la voz del pueblo que reclama dignidad. Esta lucha ha escalado por las estructuras del poder político para discutir la constitucionalización de los derechos en los poderes públicos. El enlace entre la base

social con los operadores del poder, supone la forja de esfuerzos como este, que exigen la complejización de la lucha con la teoría, y la descripción con la práctica.

Volviendo a lo dicho en un principio, podemos decir que esta obra pone en circunstancia histórica el nuevo estadio de debate de los Derechos Humanos: su aplicabilidad en nuestros poderes reales, en nuestros decisores públicos, en nuestros casos concretos. Es por eso que este libro debe estar inserto en los catálogos de las principales universidades del continente americano, y en los registros de los organismos civiles especializados en Derechos Humanos, porque en todos los países de nuestro continente nos encontramos en un estadio histórico similar, donde la lucha social requiere más técnica, y donde las normas o instituciones políticas requieren un ejercicio de contextualización estratégica.

No quisiera finalizar sin reconocer la labor del ERIC-SJ y Radio Progreso por su trabajo de promoción de la cultura y la educación de los Derechos Humanos como fuente de cambio; y en este esfuerzo observamos la socialización de los Derechos Humanos en pueblos, comunidades, parajes rurales y urbanos, como principios de organización social y de reivindicación política. Podemos ser testigos de la labor de Radio Progreso y el ERIC-SJ en la estrategia comunicativa de los Derechos Humanos, llevando el mensaje de la libertad y la dignidad humana en formatos accesibles para las audiencias de radioescuchas, y más recientemente en las redes sociales.

El reciente otorgamiento del prestigioso Premio Rafto 2015 a su director, Ismael Moreno, conocido como «Padre Melo», es una muestra de que la lucha del ERIC-SJ y Radio Progreso por la libertad de expresión y la defensa de los derechos humanos es reconocida en otras partes del mundo.

Gerardo Ballesteros de León

Profesor de Derecho a la Información en la Universidad de  
Guadalajara,

asesor del Gobierno de Jalisco en materia de Gobierno y  
Datos Abiertos, y asesor jurídico de la Comisión por la Coordina-  
ción Metropolitana del Área Metropolitana de Guadalajara.



## I

# EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO: ORIGEN Y DESARROLLO

*José de Jesús Becerra Ramírez*

### 1. ACERCAMIENTO

Actualmente asistimos ante la presencia de una nueva tendencia en el campo del constitucionalismo que se distingue, no solamente de un ámbito específico de generación jurídica propiamente habilitado, sino que se proyecta a través de las novedosas construcciones constitucionales a nivel nacional que, desde su interior, plantean cláusulas de apertura a lo internacional.

Ante ello, Gustavo Zagrebelsky plantea que es un problema del derecho constitucional general, en el sentido del diferendo que se presenta al momento de hacer uso, por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, de los materiales normativos y jurisprudenciales externos, mediante la presencia de dos polos opuestos: uno que se caracteriza por la interpretación de los derechos humanos, en el que los tribunales nacionales asumen el compromiso con los contenidos del derecho internacional y consideran sin problema el derecho externo y, la tendencia opuesta, que rechaza dicha apertura, al defender los planteamientos constitucionales originarios que se expresan contra toda opción al universalismo o al constitucionalismo sin barreras<sup>1</sup>.

---

1. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley y su justicia*. Trotta, Madrid, 2014, pp. 338-339.

Las tendencias expresadas son parte del debate constitucional contemporáneo, el cual es trasladado a nuestras latitudes, pues en las constituciones de las democracias europeas del siglo XX surgió dicha tensión entre las actitudes representativas de los Estados nacionales soberanos, en la que les era imposible concebir los derechos más allá del Estado y, en su caso, contra la ley del Estado; pero tales actitudes no lograron prevalecer en el campo del constitucionalismo, pues las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial llevaron a replantear la versión constitucional de oponer los derechos al poder y, al mismo tiempo, concebir los derechos en un plano universal como derechos del hombre, con lo cual se rechaza dicha opción de reduccionismo a la sola vertiente estatal y nacional<sup>2</sup>.

Lo anterior permite entrar al análisis sobre el proceso de apertura al derecho internacional de los derechos humanos en el orden interno de los Estados. Generalmente, los textos constitucionales habían aceptado la incorporación del derecho internacional como parte de las relaciones internacionales de los Estados en el marco de la política externa regida por el derecho internacional convencional, clasificado como derecho internacional público. De ahí que los tratados internacionales que conformaban el derecho internacional se enunciaban como parte del orden interno de los Estados; como ejemplo tenemos la Constitución mexicana vigente que, desde su promulgación en 1917, reconoció en el artículo 133 la incorporación del derecho internacional al establecer que los tratados internacionales ratificados por México serían ley suprema de toda la Unión.

Esta incorporación del derecho internacional en el orden interno constitucional opera de acuerdo con las normas convencionales al margen de la soberanía de los Estados. Así las normas, reglas y principios del derecho interno se transforman por la adopción de principios universales como valores fundamentales del derecho en torno a la justicia, los derechos humanos y las libertades fundamentales, colocados en el nivel máximo de un régimen democrático

---

2. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo, experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid, Trotta, 2014, pp. 146-147.

que los tiene como centro y eje de todo el ordenamiento jurídico<sup>3</sup>. Por lo que es de gran relevancia no solo la incorporación del derecho internacional a través de la apertura de la Constitución a los derechos universalmente reconocidos sino, además, la aceptación de este orden internacional legitimado y fortalecido en el propio Estado constitucional.

Sin embargo, el proceso de apertura de las constituciones estatales ha sido lento, debido a una postura cerrada que se justifica en el concepto de soberanía. Este panorama aún persiste y dificulta una actitud positiva hacia la apertura a lo internacional que se refleja en disyuntivas sobre el ejercicio de la soberanía, ejecutada en un sistema de relaciones horizontales donde el Estado conserva su potestad como afirmación de la misma. Consecuentemente, se conserva la centralidad jurídica de la Constitución interna, puesto que al ser dada por el poder constituyente representante del pueblo soberano, se presenta como carta de soberanía e independencia frente a otros Estados. Por ende, la aplicación del derecho internacional se realiza conforme a los términos fijados por la Constitución frecuentemente con un rango supralegal rechazándose, en muchos casos, la aplicación de normas internacionales en el orden interno<sup>4</sup>.

En México, particularmente, este problema fue muy evidente al verse reflejado en su resistencia histórica a todo aquello que tenga visos de injerencia externa. La soberanía es el discurso recurrido para argumentar opciones contrarias a signos de apertura internacional, sobre todo a la hora de la aplicación práctica de los derechos que surgen en fuentes supranacionales. Esto es influenciado por su doctrina constitucional clásica; la soberanía del Estado se plantea desde el interior sobre la necesidad de anular a sus antagonistas bajo la perspectiva de que no puede existir más relaciones que las de sujeción frente al Estado soberano concibiéndose, además, como un sujeto unitario abstracto capaz de manifestar su voluntad y realizar

---

3. Del TORO HUERTA, Mauricio I. «La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 112, 2005, pp. 325-363.

acciones concretas a través de sus órganos. De cara al exterior, la tendencia del Estado se presentó como fortaleza cerrada protegida por el principio de la no injerencia que existe sobre la base de la igualdad con relación a los demás Estados y con la idea de que a medida que el Estado se encuentre subordinado a un ente externo, su soberanía se desvanece<sup>5</sup>.

Dicho comportamiento se proyectó bajo el principio de la no intervención, que fue una de las normas fundamentales de las relaciones internacionales de México. Por ello, se intentó justificar la resistencia a un sistema internacional de los derechos humanos, reflejándose en una actitud muy cauta hacia el reconocimiento de la jurisdicción internacional de la materia<sup>6</sup>.

Incluso, el exjuez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, resaltó que esa idea de la reticencia de México a la admisión de la jurisdicción contenciosa de un órgano internacional es absolutamente legítima, por ser una preocupación del país en su

---

4. GOMES CANOTILHO, José J. *Teoría de la Constitución*. Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 46-47.

5. La soberanía así concebida es una idea que ha prevalecido en algunos de los constitucionalistas clásicos de la doctrina mexicana. TENA RAMIREZ, Felipe. *Derecho constitucional mexicano*. México, 2004, pp. 5-7. Incluso Mario de la Cueva expresó que «la historia de la soberanía es una de las más extraordinarias aventuras de la vida y del pensamiento del hombre y de los pueblos por conquistar la libertad y hacerse dueños de su destino». Es decir, en la doctrina mexicana se le sigue viendo a la soberanía como en sus inicios, donde no se niega la enorme trascendencia que significó para el desarrollo constitucional de su tiempo, pero en la actualidad es un término que demanda una continua adecuación a la nueva realidad. DE LA CUEVA, Mario. *Estudio preliminar a Herman Heller, La soberanía*. Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 8.

6. Es decir, promovieron y asumieron originalmente de forma entusiasta instrumentos internacionales de derechos humanos, pero no con el mismo ánimo el aceptar la competencia de la jurisdicción internacional sobre ello. SEPÚLVEDA, César. *Estudios sobre derecho internacional y de derechos humanos*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991, p. 141.

propósito de soberanía y por los peligros que entrañó históricamente cualquier fisura en la gestión autónoma del Estado<sup>7</sup>.

Estas ideas no han sido aisladas sino que, por el contrario, fueron compartidas por los ámbitos oficiales en México. Circunstancia que se confirma con las diversas opiniones expresadas por personas claramente identificadas con el poder político, quienes se expresaron en este sentido, en especial al referirse a la búsqueda del equilibrio que a su juicio deben guardar entre la autodeterminación e independencia de los Estados nacionales y la evolución y fortalecimiento de la organización internacional<sup>8</sup>.

---

7. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2002, pp. 72-74. En ese mismo sentido se expresa Bernardo Sepúlveda: para él, México ha sido un país renuente a aceptar una jurisdicción internacional como método para dirimir diferencias con terceros Estados o como fórmula para resolver controversias con ciudadanos particulares. Ello tiene su fundamento, según argumenta, en razones históricas, debido a la experiencia mexicana en tribunales internacionales que no ha sido positiva, por los pocos éxitos logrados cuando se ha recurrido a ellos, como fueron los casos con el Fondo Piadoso de las Californias y con la Isla de la Pasión (también llamado Isla Cliperton) que resultaron contrarias a México. Por ello, justifica las razones políticas perfectamente válidas, por las que México ha aceptado con reservas la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia. SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo. «Derecho internacional y soberanía nacional: TLC y las reivindicaciones de la jurisdicción mexicana». En AA. VV. *El papel del derecho internacional en América: la soberanía nacional en la era de la integración regional*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997, pp. 41-42.

8. Expresidente de México (1982-88) DE LA MADRID HURTADO, Miguel. «Soberanía nacional y mundialización». En AA. VV. *El papel del derecho internacional en América... op. cit.* Similar opinión ha expresado Víctor Flores Olea, en el sentido de que el concepto de soberanía nacional, desde luego para los países en vías de desarrollo como México, no puede ni debe abandonarse, y que, a pesar de las teorías de las metrópolis industrializadas que manejan el sistema financiero internacional y deciden sobre los caminos de la globalización económica, han de seguir sosteniéndose ambos conceptos también por razones políticas y de seguridad nacional nuestras. FLORES OLEA, Víctor. «México: la afirmación de la soberanía nacional». En ARRIOLA, Carlos (Ed.). *Testimonios para el TLC*. Porrúa, México, 1994, pp. 259-265.

Lo anterior refleja las siguientes lecturas: la primera que al observar al Estado como elemento principal para la defensa de los derechos, de entrada no se desprende una vocación con tendencia internacionalista en el campo de los derechos y sí, en cambio recelosa de lo externo; la segunda se refiere a la formación del derecho, en la que el actor indispensable es el referido Estado, con lo que también va contra las limitaciones que pudieran surgir en el marco supranacional en materia de derechos humanos.

Las posturas citadas han tenido una gran influencia en el comportamiento de México hacia sus relaciones con el campo internacional de los derechos humanos. En la práctica, dichos planteamientos gozaron de tal fuerza, que incidieron para la incorporación tardía a las jurisdicciones contenciosas internacionales, lo que no ha permitido a la fecha una mediana institucionalización.

Un ejemplo relevante e ilustrativo de lo anterior es lo acontecido en el sistema regional de protección de derechos humanos en el que está integrado México, el cual fue adoptado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos con fecha 22 de noviembre de 1969, acto en que se plasmó, por parte del Estado, una resistencia inicial para aceptar la competencia del referido sistema, partiendo de los argumentos mencionados, la referencia al principio de soberanía nacional y su congruencia con la política internacional de no intervención, tal y como quedó evidenciado en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969<sup>9</sup>. Esto orilló a una diferida ratificación del instrumento citado hasta el 24 de marzo de 1981, para finalmente aceptar la competencia de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de diciembre

---

9. Actas y documentos de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA/Ser.K/XV/1.2), donde se fijó la postura de México respecto a no dar pie a dejar en duda su plena congruencia con la soberanía nacional y con los principios internacionales de no intervención y autodeterminación de los pueblos, por lo que apoyar la plena aplicación de tal instrumento podría resultar incompatible con la Constitución. Organización de Estados Americanos (en línea), <http://www.oas.org/main/spanish/>

de 1998, con lo cual la posición de México no ha sido muy propensa a una flexibilización del término soberanía. Si bien es cierto que a la fecha ha dado pasos hacia la aceptación de los derechos de fuentes supranacionales y a sus respectivos entes de tutela, aún queda un largo camino por recorrer para lograr una plena articulación y coherencia entre los ámbitos nacionales e internacionales, lo cual será de alguna manera analizado en las siguientes líneas.

## 2. PLANTEAMIENTO NORMATIVO

La posibilidad para ejercer un control de convencionalidad a través de una habilitación constitucional en el caso de México no ha sido nueva, pues, si entendemos que dicho control debe realizarse en el sentido de que a los entes nacionales les corresponde velar por que el contenido de las convenciones internacionales no se vean mermadas en su objeto y fin al aplicar disposiciones nacionales y, además, entendido de que en ese tenor a los tribunales de cada Estado se les otorga la obligación de protección primaria de los derechos humanos, reconocidos tanto en las normas nacionales como en tratados internacionales<sup>10</sup>. En ese sentido, a la luz del artículo 133 de la Carta Suprema de los Estados Unidos Mexicanos previamente mencionado, no queda duda sobre el papel a realizar por los operadores jurídicos del país ante la presencia de tratados internacionales de derechos humanos, cuando estos puedan aplicarse en un caso concreto. Dicho numeral establece:

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

---

10. MEJÍA R., Joaquín A. «El Poder Judicial como garante de la legalidad nacional e internacional: hacia la implementación del control de convencionalidad». En MEJÍA R., Joaquín A. (Coord.). *Los Derechos Humanos en las Sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras*. Editorial San Ignacio/Editorial Guaymuras, Tegucigalpa, 2013, p. 107.

Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Tal disposición viene, incluso, desde la Constitución de 1857 y pasó inalterada a la vigente de 1917, que plantea dos premisas fundamentales para el tema que nos ocupa; por un lado, planteó que tanto la Constitución como los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano son Ley Suprema de la Unión; es decir, estableció normativamente la posibilidad de un bloque de constitucionalidad<sup>11</sup> conformado por varias disposiciones y estas, a su vez, se incluyen en un solo cuerpo denominado Ley Suprema, con lo cual se entendería un claro principio de prevalencia normativa de los tratados internacionales sobre otras disposiciones del orden interno. Por otro lado, también se estableció un evidente control difuso de constitucionalidad o de convencionalidad en la segunda parte del citado numeral, al habilitar a los jueces de cada estado miembro de la Federación a realizar dicho ejercicio de conformidad a la Constitución y a los tratados internacionales.

Con lo anterior se evidencia que, en el plano normativo, el constitucionalismo mexicano planteó, desde el siglo XIX, una clara vocación de apertura al ámbito internacional y la posibilidad de un control difuso de los contenidos constitucionales. Sin embargo, en la práctica, dicha vocación, con el transcurso del tiempo, se vio reducida por los intérpretes mexicanos pues, si bien es cierto, originalmente se asumió en su integridad, incluso por la misma

---

11. Entendido dicho término como aquel conjunto de normas que poseen jerarquía constitucional dentro de un determinado ordenamiento jurídico, a las cuales se integran no solamente las expresadas en la Constitución, sino también los principios y valores que, sin aparecer en dicho cuerpo normativo, son remitidos expresa o tácitamente en él. ÁLVAREZ CIBRIÁN, Felipe de Jesús, BECERRA RAMÍREZ, José de Jesús y BENÍTEZ PIMIENITA, Jorge Humberto. *El constitucionalismo ante el control de convencionalidad su debate actual*. Porrúa, México, 2015, p. 68.

Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>12</sup>, al tiempo fue negada por la misma, como se desprende del siguiente criterio jurisprudencial:

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN. No existe jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que imponga a la autoridad judicial común, por aplicación literal del artículo 133 constitucional, la obligación de calificar la constitucionalidad de las leyes que norman el contenido de sus resoluciones; si bien es cierto que ocasionalmente ha llegado a sustentarse tal tesis, la mayoría de los precedentes se orientan en el sentido de considerar que sólo el Poder Judicial de la Federación puede calificar la constitucionalidad de las leyes a través del juicio constitucional de amparo<sup>13</sup>.

La negación de un control difuso para los contenidos constitucionales desde los años 60 del siglo pasado fue muy clara por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al igual que la prevalencia de los tratados internacionales, pues no se realizó distinción alguna respecto de los relacionados con los derechos humanos, hecho que demuestran las diferentes resoluciones que llevaron a catalogarlos

---

12. Tal criterio estableció: *CONSTITUCIÓN FEDERAL. Aun cuando los Estados tienen libertad para legislar en lo que concierne a su régimen interior, en ningún caso pueden contravenir las estipulaciones del Pacto Federal y los Jueces de cada Estado se arreglarán a la Constitución Federal, leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y tratados hechos y que se hicieren por el presidente de la República, con aprobación del Congreso, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados. PLENO Amparo penal en revisión 2814/24. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, localización: tomo XIX Materia(s): Constitucional, Común Tesis: p. 117 [TA]; 5a. Época; Pleno; S.J.F.; tomo XIX, p. 117.*

13. TERCERA SALA. Amparo directo 1355/1967. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Localización: volumen CXXXV, cuarta parte. Materia(s): Común. Tesis: p. 37.

de un rango jerárquico supra legal e, incluso, legal; esto fue en grado inferior a la Constitución<sup>14</sup>.

Lo anterior pudiera verse, de alguna manera, superado y reforzado en el plano normativo para el establecimiento del control difuso de convencionalidad en México con la nueva construcción constitucional derivada de la reforma del año 2011 en materia de derechos humanos; al establecer, por un lado, diversas cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos y, por otro, una serie de obligaciones a todas las autoridades en el sentido de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, incluyendo el deber de reparación de los mismos. Todo lo cual se establece en el artículo 1 Constitucional, que textualmente dice:

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

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

---

14. Tal es el caso de los diversos criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México: la jurisprudencia en que la voz, decía: «LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA...» diciembre de 1992 // Al igual la jurisprudencia: «TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL...» diciembre de 1992 y la dictada previo a la reforma del año 2011 en materia de derechos humanos, la cual señaló: «TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL...» abril de 2007. Consultado el 2 de junio de 2015 en la página web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www2.scjn.gob.mx/red2/2syt/>

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (...) <sup>15</sup>.

Tal disposición establece los tratados de derechos humanos como parte de la Constitución y plantea las bases para la aplicación de los principios de interpretación conforme y pro persona, con lo que se refuerza la posición normativa favorable hacia la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos. Esto significó un avance en el constitucionalismo nacional pero, sobre todo, abre la puerta para superar la limitación que, por años, los jueces ordinarios tenían en México para aplicar un control difuso de constitucionalidad, en el que se incluye de igual manera el control de convencionalidad, pues al establecer el mandato imperativo de la obligación de «toda autoridad», sin lugar a dudas los jueces nacionales se adscriben a tal mandato.

Por tal motivo, es pertinente analizar la trascendencia del término de «toda autoridad», pues esta es la justificación del poder ejercido a través de personas y, paradójicamente, la posición superior en que las pudiera colocar respecto de las demás en un plano de igualdad; esto ha sido, incluso, objeto de análisis y debate en la filosofía jurídica contemporánea, ya que a través de la visión de la autoridad como servicio es que se explica la primacía de quienes la ostentan y su poder, en atención a que, de esa manera, los gobernados se benefician de su ejercicio más de lo que se beneficiarían fuera de él <sup>16</sup>. Tiene que ver con la justificación propia del Estado, el

---

15. Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

16. SHAPIRO, Scott J. «Autoridad». En *Revista Derecho del Estado*, N° 31, julio-diciembre 2013, p. 65.

reconocimiento de una autoridad a quien se delegan las libertades y el poder para la protección de los derechos, y esa es precisamente la idea que plantea el artículo 1° de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, al disponer las obligaciones que *toda autoridad* tiene para el cumplimiento de los derechos humanos, legitimando así al Estado mexicano y sus poderes.

En consecuencia, las autoridades, al formar parte del Estado, se proyectan en un ente que se muestra a través de órganos y agentes habilitados por el derecho para imponer el cumplimiento del orden jurídico interno a fin de generar armonía y equilibrio entre las fuerzas sociales<sup>17</sup>. Además, el concepto de autoridad ha sido definido en México desde la jurisprudencia a partir de cuatro elementos: 1) la existencia de una relación de supra-subordinación; 2) que dicha relación surja de una disposición legal; 3) que se emitan actos unilaterales que incidan en la esfera jurídica del particular, y; 4) que ese acto no requiera autorización judicial o consentimiento de quien lo sufre<sup>18</sup>.

Incluso, desde el ámbito legal, el artículo 5 de la Ley de amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala como autoridades lo siguiente: «con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas».

Ante ello, con la reforma constitucional de 2011, se puede llegar a aseverar lo siguiente: las obligaciones a cargo del Estado deben ser cumplidas por el poder público, el cual se manifiesta mediante los órganos y agentes creados directamente a través del orden jurí-

---

17. POSADA, Adolfo. *Tratado de Derecho Político*. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1923, p. 70.

18. Definición extraída de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con rubro: AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. NOTAS DISTINTIVAS, [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; tomo XXXIV, septiembre de 2011, p. 1089.

dico. Así, el deber de promoción, respeto, protección, prevención, investigación, sanción, garantía y reparación de los derechos humanos se impone a «todas las autoridades», lo que circunscribe al Estado y a todos los órganos creados por el mismo, pero también incluye a los particulares que ejerzan funciones que corresponden al poder público.

Por ello, todos los órganos del Estado mexicano, en el que se incluyen los jueces en todos sus niveles, se encuentran en el supuesto del mandato imperativo de garantizar los derechos humanos. Es decir, normativamente tienen la habilitación y obligación constitucional de actuar para materializar los derechos, tanto los reconocidos en la propia norma suprema nacional, como aquellos catalogados en tratados internacionales que, a la vez, se integran a la misma. Esto, como consecuencia de las implicaciones de la multicitada reforma constitucional de 2011.

Además, el ámbito interamericano viene a reforzar lo planteado, pues se ha interpretado que el deber de respetar los derechos humanos consiste en que las autoridades deben abstenerse de impedir el goce de dichos derechos, ya sea por acción u omisión, en el cual se incluyen todos los entes públicos<sup>19</sup>. Es decir, implica el deber de las autoridades de acatar directamente el mandato convencional (en el caso de México también constitucional), pues se entiende que el mismo deriva de la imposición del derecho humano sobre la potestad estatal<sup>20</sup>. Por otra parte, la obligación de garantizar los derechos humanos supone el deber de remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos disfruten de los derechos<sup>21</sup>.

---

19. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 193 y 239. De igual manera, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 497.

20. *Cfr.*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MOLLER, Carlos. «La Obligación de Respetar y Garantizar los Derechos Humanos a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana». En *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, 2012, p. 151.

21. *Ídem*, pp. 154-155.

En consecuencia, derivado del planteamiento mencionado, para el ordenamiento mexicano los jueces se adscriben al término «toda autoridad», pues son parte de los órganos del Estado, los cuales son encargados, a raíz de dicha modificación constitucional, de velar, entre otras cosas, por la garantía de los derechos humanos, independientemente del nivel en que se encuentren, pues el referido mandato no realiza distinción alguna; se refiere a una denominación universal: «toda autoridad», en la que sin duda se incluyen todos los jueces del país. Esta circunstancia, desde el ámbito normativo, supera la limitación jurisprudencial que venía estableciendo la Suprema Corte de Justicia de México para ejercer un control difuso de constitucionalidad o, en su caso, el control difuso de convencionalidad para el caso de la inaplicación de normas que fueran en contra del objeto y fin de la propia Constitución o de los contenidos de instrumentos internacionales.

En ese sentido, los poderes de los Estados no deben seguir viendo a la Constitución como un sistema cerrado de ordenamiento estatal, sino que las constituciones deben estar abiertas a la adopción de nuevas formas que contribuyan a la vigencia plena y efectiva de los derechos humanos<sup>22</sup>.

### 3. ORIGEN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Si bien es cierto que el término control de convencionalidad es de reciente manejo y configuración en México, también es cierto que la actividad relacionada con el uso del canon internacional de los derechos humanos por los operadores jurídicos nacionales se presentó, a pesar de las resistencias señaladas, desde fechas previas a la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011, e incluso antes de la Sentencia Radilla Pacheco vs México, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2009, que posteriormente catalizó el debate en nuestro país sobre la aplicación del referido término.

---

22. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley y su justicia... op. cit.*, pp. 329-330.

Ejemplos por demás pedagógicos e ilustrativos fueron algunas resoluciones dictadas por órganos jurisdiccionales nacionales aunque, cabe aclarar, tal comportamiento fue de forma aislada y marginal; sin embargo, refleja cierta tendencia de los entes nacionales de acudir a los instrumentos internacionales para auxiliarse de ellos y resolver dilemas jurídicos.

Especial mención merecen —por la fecha en que fueron resueltos y la forma en que los abordaron—, algunos asuntos relacionados con el ámbito político-electoral, como lo fue, en primer término, un juicio para la protección de los derechos políticos electorales del ciudadano que resolvió la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación bajo el número de expediente SUP-JDC- 85/2007; en este se realizó un ejercicio relevante para el tema que nos ocupa, pues surge por una negativa de la autoridad administrativa responsable de los trámites de inscripción al padrón electoral para expedir una credencial para votar a una persona, bajo el argumento de existir información de un juzgado del ámbito penal, en el cual se dictó en contra del solicitante un auto de formal prisión por el que suspenden sus derechos políticos, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 38 Constitucional, al actualizarse el supuesto de estar sujeto a un proceso criminal que merezca penal corporal, y haberse dictado el referido auto de formal prisión<sup>23</sup>. Ante ello, se considera pertinente analizarlo, desde la siguiente perspectiva:

- a) La autoridad administrativa partió de un criterio riguroso de limitación de los derechos políticos, invocando una disposición constitucional<sup>24</sup>.
- b) Sin embargo, el máximo órgano jurisdiccional en materia electoral en México, en un hecho por demás significativo y de carácter garantista, acudió al auxilio del canon internacional de los derechos humanos, en el sentido de ampliar el significado de

---

23. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación expediente SUP-JDC-85/2007.

24. *Ibidem*, pp. 2-3.

la norma constitucional recurriendo a los convenios internacionales celebrados por el Estado mexicano, señalando que dichos tratados amplían la esfera de libertades de los gobernados y comprometen al Estado a realizar determinadas acciones en su beneficio, al considerar estos como normas supremas de la unión y constitucionales válidas. Ante ello, en cumplimiento a la presunción de inocencia y los derechos de participación política contenidos en dichos instrumentos, se ordenó la expedición de la credencial de votar, pues aún no había sido condenado<sup>25</sup>.

- c) Para tal efecto, la autoridad jurisdiccional invocó diversos tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 25 establece la no restricción indebida, entre los que se encuentra el derecho de participar en los asuntos públicos, el votar y ser votado; de igual manera, recurre a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, citando su artículo 7, que contempla el derecho de libertad personal y los derechos de las personas detenidas y, sobre todo, el artículo 8 que establece la presunción de inocencia<sup>26</sup>.
- d) Así mismo, el citado Tribunal se auxilió de la interpretación dada al citado artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos por parte del Comité de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas que, en la Observación General número 25 de su 57° período de sesiones en 1996, estableció que: «a las personas a quienes se priva de la libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar»<sup>27</sup>.
- e) También, en un hecho significativo, fundó el principio de presunción de inocencia, en el reconocimiento que del mismo realiza tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos

---

25. *Ibidem*, pp. 13-14.

26. *Ibidem*, pp. 15-16.

27. *Ibidem*, p. 15.

en su artículo 11, como la Declaración Americana y Deberes del Hombre en su artículo XXVI<sup>28</sup>.

Todo lo anterior refleja varias lecturas: la primera, es el hecho del surgimiento de cierta tendencia por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales de hacer uso de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos en el que, si bien es cierto, no se mencionaba el término control de convencionalidad, pero sí su inicio en la práctica con indicios claros de velar por la observancia de las convenciones internacionales, incluso, en contra de disposiciones nacionales. Por otro lado, se hace alusión al otorgar prevalencia constitucional a los tratados internacionales, hecho al que se resistían por años los entes nacionales; de igual manera, se resalta el significado de recurrir a una fuente interpretativa de órganos internacionales que no son de carácter vinculante, pero, que en el caso concreto, sí lo realizaron al invocar una resolución del Comité de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas o, incluso, el citar instrumentos internacionales sin valor jurídico, los cuales no son propiamente tratados, por no reunir las características de estos, pero sí otorgarles relevancia jurídica en una resolución como la que aquí se menciona; tal fue el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana y Deberes del Hombre.

Así, este asunto y otros, que de forma aislada en México iniciaran a realizar ejercicios de articulación con el derecho internacional<sup>29</sup>, marcaron el inicio de una nueva forma de plantear la solución de conflictos jurídicos con el auxilio del canon internacional de los derechos humanos, sin mencionar, como se ha señalado, el término control de convencionalidad.

---

28. *Ibidem*, pp. 19-20.

29. Otros asuntos que realizaron ejercicios similares al comentado en el presente epígrafe son: SUP-11/2007, SUP-DJC-20/2007 Y SUP-JDC-695/2007, dictados por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

#### 4. ESTABLECIMIENTO EN MÉXICO

El referente que de alguna manera vino a catalizar el uso del término control de convencionalidad fue, sin duda, el asunto conocido como asuntos varios 912/2010, el cual fue resuelto en julio de 2011, a los pocos días de la entrada en vigor de la citada reforma. En este la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó, entre otras cosas, el cumplimiento por parte del Estado Mexicano de la sentencia Radilla Pacheco dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial lo que correspondería al Poder Judicial de la Federación, en razón de que se ordenó una serie de medidas de reparación, por las que diversas autoridades del país, entre ellas los jueces, se vieron obligadas a establecer un conjunto de criterios para determinar la compatibilidad de una ley con la Constitución y los tratados internacionales (caso particular el Código de Justicia Militar, en relación al fuero militar)<sup>30</sup>. Tal hecho significó, en opinión de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, un importante avance y precedente para establecer en México el control difuso de convencionalidad e, incluso, aceptar de igual manera el control difuso de constitucionalidad<sup>31</sup>. Sin embargo, como el mismo autor lo reconoce, no se comparte el hecho de que en el citado asunto la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolviera por mayoría de sus miembros, entre otras cosas, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos era de carácter vinculante solo en el supuesto de que el Estado mexicano hubiera sido parte en el litigio, limitándose así su aplicación cuando no lo fuera, y lo expresó de la siguiente manera:

Por otro lado, el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano

---

30. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 30 de agosto de 2010, serie C, número 209.

31. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. UNAM, México, 2011, pp. 385 y 407.

no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos...<sup>32</sup>.

Lo anterior es contrario a lo resuelto por distintos tribunales nacionales de países en el ámbito interamericano, en el que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana no solamente es de carácter vinculante, sino que además le asignan el valor de norma interpretada e, incluso, la integran al bloque de constitucionalidad, como es el caso específico de la vinculación en Argentina, República Dominicana y Perú; de norma interpretada en Costa Rica o Bolivia, que la integra al bloque de constitucionalidad<sup>33</sup>. Pero, sobre todo, el actuar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue de alguna manera contradictorio a lo establecido en la propia reforma constitucional en su artículo 1º, la posibilidad de realizar la interpretación conforme con los tratados internacionales de las normas relativas a los derechos humanos; es decir, mandata a recurrir al auxilio del canon internacional de los derechos humanos por disposición constitucional, como una cláusula de apertura clara a las fuentes jurisdiccionales en sede internacional.

Sucedió, entonces, que la apertura constitucional al orden internacional para la protección de los derechos humanos dada con la reforma de 2011, se puso en riesgo de verse limitada por los criterios impuestos a los órganos de impartición de justicia, pues, en el caso de México, la Suprema Corte la sujetó inicialmente al condicionamiento de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, siempre y cuando el Estado fuera parte de un litigio internacional. Ante ello, cabe resaltar que las obligaciones internacionales que tienen los Estados les han sido atribuidas no por la vía impositiva de un orden internacional que no les reconoce

---

32. Engrose de la Sentencia, asuntos varios 921/2010, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

33. Tal comportamiento de tribunales nacionales, la Corte Interamericana los cita de forma literal en el caso de referencia. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010, párrs. 226-231.

autonomía, sino por una decisión que el propio Estado ha tomado en el ejercicio de su soberanía y que ha manifestado mediante la firma y ratificación de instrumentos internacionales para integrarse a un orden supranacional de protección. Así, este primer paso dado por el máximo tribunal mexicano, reflejó un grado de resistencia hacia las fuentes jurisdiccionales que emanan más allá de las fronteras nacionales.

Sin embargo, la limitación expresada anteriormente sobre los efectos vinculantes de las fuentes jurisdiccionales que emanen más allá de las fronteras nacionales, en particular aquellas decisiones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que el Estado mexicano no sea parte, parecía verse superada por una resolución dictada en febrero de 2013, bajo el número de expediente varios 293/2011<sup>34</sup> que, por su importancia, analizaremos en el presente epígrafe.

En dicha resolución se presenta la oportunidad de dar un paso hacia delante para afianzar el uso y consolidar el control de convencionalidad en toda su extensión por parte de los jueces de todos los niveles del país; la expectación que generó apuntaba a tal sentido, en razón de que el tema central a discusión por el máximo tribunal de México planteó, entre otras cosas, las siguientes:

- a) Prevalencia del orden nacional frente al internacional de los derechos humanos en caso de existir una restricción constitucional expresa por parte del Estado mexicano para el ejercicio de los derechos.
- b) La vinculación de la jurisprudencia interamericana al Estado mexicano aun cuando este no haya sido parte en el litigio.

---

34. PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Contradicción de Tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito*, Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, México, D.F., 3 de septiembre de 2013.

Sin embargo, en la discusión que se prolongó por varios días entre agosto y septiembre de 2013, apareció una serie de argumentos que pudiera pensarse superados, pero, para algunos de los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resultó lo contrario, pues se vuelve a escuchar voces que invocan las concepciones tradicionales de soberanía nacional, al recurrir a la tesis de vulneración al poder constituyente nacional al contemplar el carácter prevalente del derecho internacional de los derechos humanos, tal como se plasmó en las sesiones mencionadas, y que para una mejor explicación se citan de forma literal:

Esto significa que los mandamientos de fuente internacional en materia de derechos humanos, no obligan al Constituyente permanente, de ninguna manera, limitación que encuentra explicación lógica en la circunstancia de que los convenios relativos son aprobados por mayoría simple, y sólo por uno de los órganos legislativos: la Cámara de Senadores: exclusivamente; en cambio las reformas constitucionales (...) tienen un procedimiento totalmente distinto, la reforma constitucional necesita mayoría calificada, la aprobación de las mayoría de la legislaturas de los Estados (...) si la idea es que por el principio *pro homine* vamos a inaplicar un artículo de la Constitución, entonces estamos dándole facultad al Presidente de la República y del Senado de formular tratados internacionales, una facultad que le corresponde al Constituyente permanente. Y si la Suprema Corte de Justicia de la Nación va interpretar por el principio *pro homine* que debe de dejar de aplicar una disposición constitucional, por la aplicación de un tratado, igualmente está usurpando la facultad del Constituyente permanente...<sup>35</sup>.

Este argumento pudiera ser congruente si en nuestra Constitución federal no se encontrara la propia disposición que el

---

35. Sesión del día 27 de agosto de 2013, PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Contradicción de Tesis 293/2011*, pp. 23 y 24.

constituyente mexicano estableció en 2011, al reconocer a rango constitucional el principio *pro homine* y los tratados internacionales de derechos humanos en el multicitado artículo 1º. En otras palabras, lo que el anterior argumento señala sería válido para una Constitución que careciera de cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo el principio *pro persona*, pero, para el caso de México, de ninguna manera pudiera tener cabida. La razón es que no puede invocarse para ello una cuestión de formalidad para la reforma constitucional, que es cosa totalmente distinta a la aplicación y existencia de diversas fuentes normativas y jurisdiccionales, que no siguen los procesos tradicionales de producción normativa, pero que, no por ello, pierden posibilidad de aplicación en el ámbito interno, máxime cuando se cuenta con la habilitación constitucional para incorporarse al ordenamiento nacional.

De igual manera, llama la atención otro de los argumentos esgrimidos en la citada sesión, pues se invoca la existencia de un orden normativo mexicano de índole dualista, el cual pudiera desconcertar por el tipo de construcción constitucional que se expresó en párrafos anteriores, especialmente en materia de derechos humanos, en el cual se plantean diversas vías de incorporación al ámbito nacional, pero que en la discusión del citado expediente varios 293/2011, aparece de otra manera, al decir algunos de los ministros lo siguiente:

La norma internacional tiene su ámbito de validez en el derecho internacional y la norma de derecho interno tiene su ámbito de validez en el derecho interno y crea problemas distintos, tiene *litis* distintas y tiene autoridades distintas, si estamos hablando del incumplimiento de un tratado en materia de derecho internacional, los sujetos involucrados son Estados, un Estado demanda a otro su incumplimiento del tratado internacional y puede establecer

o no sanciones y la *litis* es eso: el incumplimiento del tratado, Estado contra Estado<sup>36</sup>.

En el ordenamiento constitucional mexicano de ninguna manera se puede mencionar que exista una posibilidad de un modelo dualista de recepción del derecho internacional de los derechos humanos, ni del derecho internacional en general; al contrario, tanto el artículo 1º como el 133 de la Constitución, plantean un modelo de corte monista, es decir, basta analizar el contenido de ambos numerales, para percatarse de que al momento que el ordenamiento nacional cubre el requisito de ratificación por el Senado de la república de los tratados internacionales, para tener aplicación directa, pues basta ver la primera parte de citado artículo 1º, que dice: «toda persona tiene los derechos humanos reconocidos en esta constitución y en los tratados internacionales»; con lo cual el ámbito de validez no es solo para los Estados, pues emerge claramente un sujeto adicional «toda persona». Por ello, el argumento de separación de espacios de validez entre lo internacional y lo nacional no opera para nuestro ordenamiento jurídico; además, tal mandato imperativo es para «toda autoridad», es decir, el ámbito de validez de los contenidos en tratados internacionales de derechos humanos, también es destinado para que lo observen todos los órganos del Estado. En consecuencia, para México no se puede hablar de separación de ámbitos de validez.

Sin embargo, a pesar de lo apuntado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, en relación con los dos puntos señalados, por un lado, que en las contradicciones entre los tratados internacionales y la Constitución deben prevalecer las restricciones a los derechos establecidas en la Constitución; asimismo, resolvió la vinculación de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana en los casos contenciosos aun cuando el Estado mexicano no haya sido parte. Sin embargo, no se consideró a la derivada de opiniones consultivas, siendo que estas son también una interpretación directa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

36. *Ídem*.

Lo anterior fue considerado como una regresión a lo que ya había sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al expediente varios 912/2010, esto en voz de uno de los ministros que integró la minoría en la decisión descrita anteriormente, en razón, según se argumentó, de que no existía justificación para introducir la tesis de la restricción, fundado en la multicitada reforma de 2011, que cambió la esencia y la raíz de la Constitución con una carga extraordinaria relevante en términos del principio pro persona y de protección de los derechos humanos<sup>37</sup>.

Lo anterior lleva a realizar las siguientes consideraciones:

- a) El término control de convencionalidad es un concepto de reciente incorporación a las deliberaciones jurídicas en México y se catalizó posterior a la reforma en materia de derechos humanos de 2011 y a la sentencia Radilla Pacheco vs México, así como a su correspondiente análisis por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el asunto varios 912/2010. Aunque, cabe mencionar, en la práctica el uso del canon internacional de los derechos humanos se realizó desde fechas previas, si bien es cierto, no con dicho término y de forma aislada.
- b) Por otro lado, el desarrollo del control de convencionalidad en México no ha sido de una forma lineal ni ascendente, sino que se ha manifestado por un comportamiento de ciertos avances y evidentes resistencias. Como se ha expresado, se han dado pasos hacia el uso del canon internacional de los derechos humanos llegando a citar observaciones dictadas por organismos internacionales, de las cuales no se tiene obligación directa de asumir sus determinaciones de forma vinculante o de otorgarle relevancia jurídica a declaraciones internacionales en materia de derechos humanos sin tener el carácter de tratado internacional; pero, por otro lado, también se presentan comportamientos

---

37. Sesión del día 3 de septiembre de 2013, PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Contradicción de Tesis 293/2011*, p. 21

en el ámbito judicial que evidencian resistencias para asumir plenamente los compromisos internacionales establecidos en diversas fuentes normativas y jurisprudenciales llegando, incluso, a señalar la existencia de dos ámbitos de validez entre el derecho internacional de los derechos humanos y el nacional, sin considerar las evidentes cláusulas de apertura hacia el mismo que constitucionalmente establecen un claro monismo en México.

- c) Además, el comportamiento del sector mayoritario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de resolver como regla general que, en el supuesto de presentarse una contradicción entre el contenido de un tratado internacional en materia de derechos humanos con una disposición constitucional que prevea una restricción a un derecho humano, deberá prevalecer aquella restricción establecida en la Constitución, colisiona claramente con la propia disposición constitucional que prevé la interpretación conforme y el principio pro persona; es decir, en la propia norma suprema existen ambas posibilidades. Ante ello, no puede establecerse de entrada la solución planteada de siempre imperar la restricción nacional, pues ante tales conflictos normativos se tiene que realizar ejercicios de ponderación en cada caso concreto para analizar cuál debe prevalecer, hecho que desde el ámbito teórico está más que debatido<sup>38</sup>; incluso, en el propio Sistema Interamericano su jurisprudencia establece

---

38. La ponderación es una forma de resolver conflictos jurídicos, generalmente entre normas de índole constitucional y de la misma jerarquía, tal como lo plantea Luis Prieto Sanchís, lo cual se utiliza en el caso concreto partiendo de la observación según el citado autor de cuatro fases: «Primero, que la medida enjuiciada presente un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio (...) Segundo lugar, la máxima de la ponderación requiere acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento (...) Tercera, necesaria; esto es, ha de acreditarse que no existe medida (...) menos gravosa o restrictiva (...) Finalmente, la ponderación se completa con el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto (...)». PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Trotta, Madrid, 2008, pp. 146-148.

la forma de abordarlo en cada caso concreto, como puede ser, entre otras cosas, el grado de afectación de uno de los bienes en juego, la importancia de la satisfacción del bien contrario o si la afectación de éste justifica la restricción de otro<sup>39</sup>.

Así, el gran reto en nuestro país es superar los dilemas constitucionales clásicos para la solución de los conflictos jurídicos en que se encuentren involucrados los derechos humanos, principalmente aquellos apegados a las concepciones tradicionales de soberanía nacional, de las divisiones de los ámbitos de validez entre el derecho internacional y el nacional, la no apertura a las fuentes jurisdiccionales y normativas que se originen más allá del Estado nacional. Para ello es imprescindible la voluntad de los operadores jurídicos nacionales de asumir los nuevos paradigmas generados por las recientes construcciones constitucionales como la mexicana, que clarifican y amplían las cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, al igual que un gran esfuerzo pedagógico de comprensión y asimilación de este nuevo constitucionalismo de tendencias cooperativas con lo internacional, para todos los intérpretes jurídicos, sin exclusión.

---

39. *Caso Kimel vs Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 83.

## II

### EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN LOS FALLOS DE LA CÁMARA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE GUATEMALA

---

*Wendy Johara Maldonado Urbina*

#### 1. INTRODUCCIÓN

El tema del control de convencionalidad ha sido abordado desde diversos puntos de vista. Algunos autores han concluido en propuestas de planteamientos de aclaración a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en relación con aspectos específicos pues, para ellos, entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados existe jerarquía. Para otros no es así, sino como lo ha manifestado la misma Corte IDH en distintos fallos, debe existir una relación de coexistencia, tomando en cuenta el principio *pro homine* y que, por el principio de complementariedad, el Estado parte asume el reconocimiento expreso de la jurisdicción internacional.

La falta de aplicación interna, en los Estados Partes, del control de convencionalidad se considera que es debido a que se trata de un tema relativamente joven en cuanto a su aplicación en el ámbito internacional. Esas aclaraciones, como la experiencia que vaya teniendo cada uno de los Estados Partes contribuirán a su efectiva aplicación.

En Guatemala, mediante la Constitución Política de la República, que entró en vigencia el 14 de enero de 1986 se creó, como un mecanismo de control interno, la Corte de Constitucionalidad. Esta es un tribunal permanente, de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como un tri-

bunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado, y ejerce funciones específicas que le asignan la Constitución y la ley de la materia.

En la jurisdicción ordinaria, el Tribunal Superior es el Organismo Judicial, integrado por los magistrados que conforman la Corte Suprema de Justicia quienes, por disposición legal, integran cámaras con cuatro magistrados para conocer los asuntos en materia civil y laboral, que corresponde a la Cámara Civil; en materia penal, que corresponde a la Cámara Penal; y en materia constitucional, que corresponde a la Cámara de Amparos y Antejudicios.

Las próximas páginas se desarrollan a partir de la experiencia obtenida con los magistrados que integraron la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, período 2009-2014. Se tratarán, en primer lugar, las generalidades para la aplicación del control de convencionalidad en una forma sencilla, según lo comprendieran y aplicaran históricamente los magistrados que integraron la mencionada Cámara. Vale resaltar aquí la iniciativa de quien fuera presidente de esa Cámara Penal en el período 2009-2013, magistrado César Ricardo Crisóstomo Barrientos Pellecer, quien demostró que lo que se requiere para mejorar los sistemas de justicia es tener el conocimiento y la voluntad de aplicarla para generar los cambios que sean necesarios, teniendo presente la evolución de la sociedad y del derecho. En segundo lugar, se darán a conocer dos fallos del Tribunal de casación, a modo de ejemplos, sin ser estos los únicos en que se aplicó el control de convencionalidad.

Para el efecto, se tuvo presente la normativa internacional que permite concluir en la obligatoriedad que los Estados Partes tienen de aplicar el control de convencionalidad, conscientes de que, al asumir su compromiso, la inobservancia conlleva responsabilidad internacional para los referidos Estados. La Carta de la Organización de los Estados Americanos<sup>1</sup> –con sus reformas– forma parte del marco normativo del sistema interamericano de derechos humanos,

---

1. Carta de las Naciones Unidas de la Organización de los Estados Americanos y sus enmiendas, 1945, San Francisco, California.

por lo que es importante mencionar que, desde su suscripción, los Estados firmantes establecieron como uno de los objetivos *lograr un orden de paz y de justicia*, en los Estados y entre ellos.

## 2. LA OBLIGACIÓN DE EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en cuanto a la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar los derechos, establece:

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

Asimismo, el artículo 2 de la referida Convención, en relación con el deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno, regula:

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

No obstante, desde que Guatemala pasó a ser Estado Parte hasta la actualidad, ese compromiso se ha cumplido a medias. Es decir, en muchos casos no se han realizado las reformas legislativas necesarias para adaptar la normativa interna, la cual aún restringe o contraviene lo establecido y convenido en el sistema interameri-

cano. En otros casos, no se ha legislado para coadyuvar a cumplir con ese compromiso de Estado.

En esa misma línea, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su artículo 26 el principio de *Pacta sunt servanda*, que refiere que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. De igual forma, el artículo 27 regula que todo Estado *debe cumplir de buena fe las obligaciones internacionales que ha adquirido*, no pudiendo alegar el incumplimiento de un tratado en aplicación de su normativa interna.

De los artículos citados, además de concluir con la obligatoriedad de la aplicación del control de convencionalidad, está la obligación de los Estados Partes de encontrar avenencia de su normativa interna con la de la Convención. Esto es así porque existe un compromiso de cumplimiento de buena fe de esa obligación, así como el compromiso de respetar y garantizar a las personas los derechos contenidos en aquella, desde el momento que hay un libre consentimiento, por parte de los Estados, de aceptarlos.

Tampoco se puede olvidar la importancia del principio de complementariedad, reconocido en la CADH, por medio del cual el Estado Parte asume el reconocimiento expreso de la jurisdicción internacional.

Asimismo, cabe mencionar que la Corte IDH ha referido en diversos casos, como en el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile<sup>2</sup>, en su considerando 125: «... esta Corte ha establecido que según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno».

Para Juana María Ibáñez Rivas<sup>3</sup>, el «control de convencionalidad» es definido como una herramienta jurídica de aplicación

---

2. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 125.

3. IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. «Control de Convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». En *Anuario de Derechos Humanos 2012*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012.

obligatoria *ex officio* por los órganos del Poder Judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por el Estado respecto del tratado del cual es parte».

Según Néstor Pedro Sagüés<sup>4</sup>, el control de convencionalidad «es un instrumento eficaz para construir un *ius commune* interamericano en materia de derechos personales y constitucionales»; si lo vemos así, notamos que su aplicación permite que se llegue a cumplir con los objetivos contenidos en la normativa internacional para tener una única visión, universal, en cuanto a los derechos humanos; se trata de un proceso de integración en materia de derechos humanos.

La Corte Interamericana refirió en diversos casos lo que es el control de convencionalidad, en los que se puede verificar su desarrollo y evolución. Así, en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*<sup>5</sup>, se refiere a una «especie de control». En el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, referido por Juana María Ibáñez<sup>6</sup>, la Corte ya es enfática en un control de convencionalidad, indicando algunas características: i) es de aplicación *ex officio* por parte de los órganos del Poder Judicial, «evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes». En ese sentido, «[e]sta 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»; ii) es complementario al «control de constitucionalidad», de manera que se debe aplicar además del citado

---

4. SAGÜÉS, Néstor Pedro. «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad». En *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, 2010, pp. 117-136.

5. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros...* *op. cit.*, párr. 124.

6. IBÁÑEZ RIVAS Juana María. «Control de Convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos»... *op. cit.*, p. 107.

control al que están obligados los órganos del Poder Judicial por su propia legislación interna y; iii) es de aplicación también en un eventual «contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales».

En 2010, en la demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ante la Corte IDH en el caso de Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores contra los Estados Unidos Mexicanos, la Corte adicionó algunos preceptos en cuanto al control de convencionalidad, refiriendo:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluido sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. 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, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales 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<sup>7</sup>.

Del control de convencionalidad, en general, se ha abordado suficiente para que los Estados Partes de la Convención Americana

---

7. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

sobre Derechos Humanos den el paso de su aplicación, teniendo la claridad del compromiso que han asumido al ratificarla. En el caso de Guatemala, se han tenido avances significativos en la aplicación del control de convencionalidad; se tiene como ventaja, por llamarle así, lo que bien manifestara el doctor César Ricardo Crisóstomo Barrientos Pellecer<sup>8</sup>: «La regulación de la casación en Guatemala y el orden jurídico nacional e internacional permiten sin cambios legislativos avanzar en cumplimiento de lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos».

Y es así, con esa visión y conocimiento, como se inicia a dar cumplimiento a la aplicación del control de convencionalidad por parte de la Cámara Penal, como Tribunal de Casación.

### 3. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DESDE LA EXPERIENCIA GUATEMALTECA

Resulta necesario citar sus motivaciones como parte de la experiencia en Guatemala, para su posible utilización en otro Estado, porque la casación fue como la llave que abrió la puerta y permitió a la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, como máximo Tribunal en materia penal en Guatemala, ejercer el control de convencionalidad y aplicar en sus fallos la doctrina y jurisprudencia emanada de la Corte IDH.

El Dr. Barrientos Pellecer ha considerado:

Es necesario conocer la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto, para conocer cómo debe interpretarse y ser aplicada la casación en Guatemala, porque sus sentencias son obligatorias, como se desprende del artículo 46 de la Constitución Política de la República.

---

8. BARRIENTOS PELLECCER, César R. C. *La Evolución de la Casación Penal en Guatemala*. Guatemala, 15 de marzo de 2011. Magistrado Vocal II, presidente de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República de Guatemala.

La sentencia de dos de julio del 2004<sup>9</sup> de ese tribunal internacional, dictada en el caso Herrera Ulloa contra el Estado de Costa Rica, declaró que para que existan verdaderamente garantías procesales (en este caso el derecho a recurso a que se refiere la Convención) es necesario: Asegurar, o hacer valer la titularidad o el ejercicio del derecho de recurrir en un proceso judicial, para lo cual: Las partes inconformes «en plena igualdad» deben tener el derecho a un recurso pleno, entendiéndose como tal aquel que garantice un examen integral de la resolución recurrida.

La sentencia internacional comentada declara:

- a) El recurso integral debe ser otorgado antes que adquiera calidad de cosa juzgada, para evitar que quede firme una sentencia adoptada con vicios y errores que causan un perjuicio indebido a los intereses de una persona.
- b) La legislación costarricense, contra una sentencia condenatoria emitida en el proceso penal solamente permite interponer recurso de casación, lo que afecta el derecho de las víctimas.
- c) La regulación procesal penal costarricense no satisface, con la mera existencia del recurso de casación, la revisión de la sentencia en el sentido que lo requiere la Convención, para quien el tribunal superior debe reunir las características jurisdiccionales que legitiman el caso concreto. El presidente del Tribunal Internacional, Sergio García Ramírez, calificó la casación costarricense como recurso reducido y estrecho, complejo y no siempre accesible a la generalidad de los justiciables.

Continúa manifestando el autor que:

Después de la sentencia dictada contra el Estado de Costa Rica en el 2004, otro caso en el 2005, esta vez contra el Estado de Guatemala

---

9. Sentencia de la Corte IDH. *Caso Ulloa contra Costa Rica*, julio de 2004.

(Fermín Ramírez Ordóñez versus el Estado de Guatemala) trata el tema. La defensa planteó que la apelación especial de Guatemala violaba el mismo artículo 8, numeral 2, literal h, pero la Corte Interamericana de Derechos Humanos rechazó este punto.

¿Hay contradicción en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la apelación especial o la casación y la necesidad de un recurso que permita el reexamen integral de la sentencia impugnada? Cabe decir que Costa Rica no cumplió con modificar el Código Procesal Penal y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos aceptó de hecho que la legislación de ese país era suficiente porque cumplía con la protección exigida en la casación penal para evitar la sentencia injusta, lo que comprueba la evolución casacional a través de la interpretación de las leyes vigentes.

La doctrina de la CIDH es clara, se necesita por el principio de defensa, y más por el de inocencia, pero también por el principio de igualdad de partes, que incluye a las víctimas, se garantice el derecho a recurrir del fallo final y lograr así el reexamen de las sentencias absolutorias o condenatorias erróneas dictadas en un proceso penal.

De acuerdo a la Comisión Interamericana: La regla general es que en un Estado de Derecho sea posible la corrección y reconsideración total de una sentencia, y por ende pueda ser reexaminado todo lo actuado por el tribunal de sentencia, por una instancia superior.

A continuación se transcribe la síntesis de dos fallos de la Cámara Penal, que conoció en casación; el primero se cita por ser de trascendencia nacional, en el caso de la masacre de las Dos Erres, y el segundo porque se refiere a la existencia de colisión entre la legislación nacional —artículo 65 del Código Penal— y la jurisprudencia de la Corte IDH.

**a) Síntesis:** En el caso 1143-2012 y 1173-2012, los recurrentes denuncian, entre otros agravios, por motivos de forma y de fondo, los siguientes: a). la inaplicación de la Ley de Reconciliación

Nacional a hechos que se le atribuyen cometidos en el contexto del conflicto armado interno. b). que existió incompetencia por razón de la materia en el fallo del tribunal de sentencia impugnado en la alzada. c). la Sala no entró a explicar las razones del porqué sería frívolo o notoriamente improcedente, el planteamiento del incidente de extinción de la responsabilidad penal por el delito de hurto agravado por amnistía, y sólo fue rechazado. d). admitir la incorporación para su valoración y conferirle valor probatorio al peritaje sobre derecho internacional humanitario; no obstante que la perito no compareció al juicio. En resumen considera la violación a sus derechos de defensa, de un debido proceso y de petición, entre otros.

Tomando como base la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal de Casación, en aplicación del control de convencionalidad, sentó como doctrina que, «de acuerdo a la Constitución Política de la República los tratados y convenios internacionales en materia de Derechos Humanos prevalecen sobre el Derecho interno, por lo mismo Guatemala está vinculada a los fallos de los tribunales internacionales competentes». En ese mismo sentido, citó jurisprudencia de la Corte IDH, haciendo referencia al mismo caso «la Corte Interamericana de Derechos Humanos calificó que en ese caso hubo graves violaciones a los Derechos Humanos, por lo que contrario a lo que plantea el recurrente, son inaplicables las disposiciones de amnistía, prescripción y cualquier otra eximente de responsabilidad penal, y además los delitos contra los deberes de humanidad, asesinato y hurto agravado no se contemplan en el Decreto Ley 8-86 del Jefe de Estado, ni en la Ley de Reconciliación Nacional como susceptibles de ser amnistiados».

### **Consideraciones del Tribunal**

- a. En cuanto la inaplicación de la Ley de Reconciliación Nacional a hechos que se le atribuyen cometidos en el contexto del conflicto armado interno.

Cámara Penal estima que la Sala de apelaciones sí dio respuesta al reclamo del casacionista en forma motivada y completa. El agravio consistió principalmente en que, se habría vulnerado el derecho de defensa y el debido proceso del acusado, toda vez que la prosecución del proceso penal y el fallo condenatorio en su contra, fueron consecuencia de la resolución dictada por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, de auto-ejecutividad de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso de la Masacre de las Dos Erres versus Guatemala; resolución interna sobre la cual habría recaído sentencia de amparo otorgado por la Corte de Constitucionalidad. Que por esto último aún no se encontraba firme el procedimiento de amnistía, ya que estaba pendiente un recurso de apelación interpuesto contra la resolución que lo habría denegado en primera instancia. Sobre tal reclamo, la Sala de apelaciones resolvió que no constaba en antecedentes alguna certificación que hiciera de conocimiento del Tribunal de sentencia, la obligación de suspender el trámite del juicio. Lo que esta Cámara estima como suficiente fundamento, ya que si el reclamo medular consistía en la inconformidad con la prosecución del proceso penal, la forma idónea de interrumpir el proceso lo constituía una certificación que hiciera válidos los efectos que estimaba el abogado defensor respecto del amparo otorgado. No obstante, esta Cámara estima necesario mencionar que, en todo caso, dicha protección Constitucional no conllevaba los efectos estimados por el recurrente. La referida sentencia de amparo, cuya copia simple consta en el apartado de interposición del recurso de apelación especial, claramente menciona que la resolución impugnada, es decir la de auto-ejecutividad, conserva su «eficacia» (ver reverso del folio dos mil ochocientos veintidós del expediente del Tribunal de sentencia), cuando el espíritu de dicha resolución de la Cámara Penal, que no forma instancia, era precisamente cumplir con la

sentencia internacional que ordenó la prosecución del proceso penal y juzgamiento de los responsables por el hecho ocurrido en el parcelamiento Las Dos Erres. Por ello, es válida y fundada la resolución de la Sala de apelaciones, en el sentido de desechar el agravio de apelación especial porque no había un fundamento legal para que el Tribunal de juicio interrumpiera el trámite del mismo. Por lo que deviene improcedente el reclamo de falta de resolución de puntos esenciales, expuesto en casación.

- b. En cuanto a que existió incompetencia por razón de la materia en el fallo del tribunal de sentencia impugnado en la alzada.

Cámara Penal observa que en el presente caso el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente tenía competencia para conocer del proceso de mérito conforme el Decreto 21-2009 del Congreso de la República, ya que el presente caso versa sobre hechos y aspectos de materia eminentemente penal, y en ese sentido no concurre el supuesto establecido en el artículo 440 inciso 5) del Código Procesal Penal, que se refiere a los casos en que existe incompetencia por razón de la materia. No obstante, se entra a conocer el agravio que se refiere a la vulneración del principio de juez natural. Es preciso recordar que el mismo fue instaurado con fundamento en los preceptos contenidos en la Constitución Francesa de 1791 y recogida como garantía humanitaria del debido proceso en instrumentos internacionales y la legislación nacional, con el objeto, entre otros, de evitar la existencia de jueces designados ex post facto. Esta garantía se observa en el presente caso puesto que el tribunal que conoció del juicio fue constituido con anterioridad al juzgamiento del caso de marras, por una ley general para conocer delitos de mayor riesgo. Las leyes procesales tienen efecto inmediato y en tal sentido se aplica la vigente en el momento del procesamiento y no la que regía cuando se cometieron los hechos. En cuanto al argumento

del casacionista de que el Tribunal Primero de Sentencia referido es ex post facto, Cámara Penal considera que es un juicio incorrecto, toda vez que dicho presupuesto de violación al principio del Juez natural, ocurría en los casos de tribunales de fuero especial, que no es el presente caso, ya que al Tribunal de Sentencia precitado se le ha otorgado su competencia por virtud del Decreto 21-2009 del Congreso de la República, que contempla únicamente la necesidad de trasladar los procesos penales sobre los cuales exista riesgo de afectación a la integridad personal de los sujetos procesales que intervienen en el juzgado o Tribunal donde inicialmente debería conocerse el caso, supuesto que ocurría según fue determinado en su oportunidad en resolución que no forma instancia. Por ello, resulta inaceptable el reclamo relativo a que ha habido incompetencia por razón de la materia, que aún no se habría advertido.

- c. Con relación a que la Sala no entró a explicar las razones del porqué sería frívolo o notoriamente improcedente el planteamiento del incidente de extinción de la responsabilidad penal por el delito de hurto agravado por amnistía, y solo fue rechazado, la consideración que hizo, según los argumentos del primer recurrente, fue:

La inconformidad principal en apelación especial versó en que el Tribunal de Juicio había rechazado preliminarmente un incidente de extinción de responsabilidad penal por el delito de hurto agravado, planteado al inicio del debate con base en el Decreto Ley 8-86 del Jefe de Estado, con el fundamento de que esos mismos hechos eran el objetivo del debate oral y público. A lo cual la Sala resolvió que dicho rechazo tenía como fundamento el artículo 66 inciso c) de la Ley del Organismo Judicial, que faculta a los jueces para rechazar bajo su estricta responsabilidad, los incidentes notoriamente frívolos o improcedentes, y que el Tribunal sí había rechazado el incidente expresando los motivos respectivos. Esta

Cámara estima que dicha argumentación judicial es válida como fundamento, ya que expone las razones jurídicas que motivaron dicho rechazo. Igualmente, debe recordarse que la prohibición de utilizar leyes de amnistía en el presente caso, viene dada de la propia sentencia, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso de la Masacre de las Dos Erres versus Guatemala. Por lo que se estima válido el argumento de la Sala, que validó el rechazo liminar del incidente de extinción de responsabilidad planteado porque el Tribunal de juicio sí habría expuesto las razones de su decisión, por lo que le otorgó fundamento en el artículo citado anteriormente. Y en ese sentido, el agravio de casación deviene igualmente improcedente.

La consideración que hizo en relación con los argumentos del segundo recurrente es:

El agravio de apelación especial versó en que no podía ser condenado por el delito de hurto agravado en virtud que a su juicio, el mismo se encontraba amnistiado según el Decreto Legislativo 8-86 del Congreso de la República, para lo cual se habría fundamentado en el artículo 101 inciso 2 del Código Penal, mismo que refiere que la responsabilidad penal se extingue por amnistía. La Sala resolvió que no concurría la violación de ley y que las causas de extinción de responsabilidad penal citadas no eran aplicables al caso, ya que de conformidad con el Derecho internacional del cual Guatemala es parte, el delito de hurto está tipificado como pillaje, el cual es de carácter imprescriptible, y por otra parte, existirían acciones del recurrente calificadas como de lesa humanidad, razón por la cual serían perseguidos universalmente. En casación denuncia que no se entró a conocer el reclamo que consistía en que el delito de hurto agravado estaba amnistiado. Sin embargo, esta

Cámara considera que la Sala sí explicó las razones por las cuales consideraba que no procedía la causal de extinción de la responsabilidad penal alegada por el apelante. En ese sentido, no puede argumentarse que el reclamo no fue resuelto. Además, se hace necesario hacer hincapié en la imposibilidad de citar en el presente caso, leyes de amnistía, dado el contenido de la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, dictada en el caso de la Masacre de las Dos Erres versus Guatemala. En todo caso, en la resolución de la primera denuncia por motivo de fondo, esta Cámara ampliará sobre la idoneidad de las leyes de amnistía y resolverá en lo sustancial y definitivamente, el agravio que acusa el casacionista en su calidad de abogado defensor del acusado Carías López.

- d. Referente a admitir la incorporación para su valoración y conferirle valor probatorio al peritaje sobre derecho internacional humanitario, no obstante que la perito no compareció al juicio, determinó:

En apelación especial la denuncia gravitó en torno a que el peritaje sobre Derecho Internacional Humanitario emitido por la perito Claudia Paz y Paz no podía simplemente ser incorporado por su lectura, por no cumplir con los requisitos de actos definitivos o irreproducibles según el artículo 363 inciso 1) del Código Procesal penal. Expuso que era necesaria la ratificación por la perito, pero debido a que no compareció y a que el Ministerio Público renunció a la misma, no podía incorporársele ni dársele valor probatorio. No obstante, el Tribunal de juicio aceptó la incorporación por su lectura del documento, con lo que habría vulnerado el artículo 186 del mismo cuerpo legal. A lo que la Sala respondió que no le asistía la razón al recurrente, porque la ratificación del dictamen por la perito no era eminentemente

necesaria, debido a la naturaleza del mismo, que era sobre Derecho Internacional Humanitario, y no sobre cuestiones que constituyeran prueba que contribuyera a demostrar la responsabilidad penal de los acusados. Además, que los jueces eran libres de apreciar la prueba, con la única limitante de que sus juicios fueran razonables. Cámara Penal es del criterio que dicha resolución constituye fundamento suficiente para dar respuesta al agravio del apelante, toda vez de que, efectivamente, el peritaje referido por tratarse de un asunto de Derecho propio del iura novit curia, no ameritaba la comparecencia de su autora, y que el inciso 1) del artículo 363 del Código Procesal Penal, permite la incorporación por su lectura de los informes cuando «... fuere (...) manifiestamente inútil la declaración en el debate...». En ese sentido, es válido que la Sala haya convalidado dicha incorporación, ya que la comparecencia de la perito no era eminentemente necesaria, por versar el documento sobre cuestiones de Derecho que la defensa podía rebatir sin necesidad de contradictorio porque el Derecho no está sujeto a prueba sino a interpretación, por lo que la defensa pudo profundizar sobre el tema, además, en sus argumentaciones finales y recursivas sobre el Derecho aplicable. Y por ello, el reclamo de casación deviene improcedente.

Haciendo referencia a los motivos de fondo que fueron planteados por uno de los casacionistas, el primero referente a la aplicación de la amnistía, consideró:

[...] Cámara Penal estima que el mismo debe ser resuelto desde dos perspectivas: **a)** la inaplicabilidad de las disposiciones de amnistía en el presente caso, y **b)** la falta de idoneidad de las disposiciones de amnistía para resolver casos como el presente.

**En cuanto al tema litigioso contenido en la literal a),** Cámara Penal recuerda nuevamente en el presente fallo,

la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, en el caso de la Masacre de Las Dos Erres, versus el Estado de Guatemala. Dicha sentencia deviene obligatoria en el presente caso dados los imperativos expresos contenidos en los artículos: 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que «[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes», así como 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que estipulan respectivamente, que «[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe», y que «[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...». Por la materia que desarrollan dichas disposiciones, se interpreta que las mismas forman parte del bloque de Constitucionalidad y han ingresado al ordenamiento jurídico interno, por lo que son de observancia obligatoria en atención al artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala. En relación con lo anterior, el Tribunal interamericano resolvió en su sentencia sobre la masacre de Las Dos Erres, que «... 129. [...] la Corte reitera su jurisprudencia constante sobre la incompatibilidad de figuras como la prescripción y la amnistía en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, que de manera clara ha establecido que: El Estado debe garantizar que los procesos internos tendientes a investigar y [eventualmente] sancionar a los responsables de los hechos de este caso surtan sus debidos efectos y, en particular, de abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad. En ese sentido, el Tribunal ya ha señalado que [...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de

responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos». [...] ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos [...]. En particular, al tratarse de graves violaciones de derechos humanos el Estado no podrá argumentar prescripción o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber.

130. El Tribunal hace notar que los hechos de la Masacre de Las Dos Erres, reconocidos por el Estado, constituyen graves violaciones a derechos humanos. El contexto de dichos hechos ha sido reconocido por esta Corte como «un patrón de ejecuciones extrajudiciales selectivas impulsadas por el Estado, el cual estaba dirigido a aquellos individuos considerados como «enemigos internos». Además, desde la fecha en que ocurrieron los hechos del presente caso y hasta hoy en día, no han habido mecanismos judiciales efectivos ni para investigar las violaciones de los derechos humanos ni para sancionar a todos los responsables. 131. En consideración de lo anterior, la Corte determina que la eventual aplicación de las disposiciones de amnistía de la LRN en este caso contravendría las obligaciones derivadas de la Convención Americana. En razón de esto el Estado tiene el deber de continuar sin mayor dilación con el proceso penal, en el cual se incluya la multiplicidad de los delitos generados en los hechos de la masacre para su debida investigación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de estos actos. [...] 233. En razón de lo anterior, el Estado deberá utilizar los medios que sean necesarios, de acuerdo con su legislación interna, para conducir eficazmente las investiga-

ciones con el fin de individualizar, juzgar y eventualmente sancionar a los responsables de los crímenes cometidos en el Parcelamiento de Las Dos Erres, y remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantienen la impunidad en este caso. En particular, el Estado deberá velar porque la investigación abarque los siguientes criterios: **a)** en consideración de la gravedad de los hechos, el Estado no podrá aplicar leyes de amnistía ni argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio non bis in idem (supra párr. 129), o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación. En consecuencia, el Estado deberá continuar con el proceso penal, sin mayor dilación; **b)** investigar de forma efectiva todos los hechos de la masacre tomando en cuenta el patrón sistemático de violaciones a derechos humanos existente en la época en que ocurrieron los hechos del presente caso, incluyendo, además del asesinato de los pobladores del Parcelamiento, otras posibles graves afectaciones a la integridad personal, y en particular, los presuntos actos de tortura, a la luz de los impactos diferenciados con motivo de la alegada violencia contra la niñez y la mujer. El Estado también deberá aplicar, eventualmente, las sanciones correspondientes a estos hechos, así como ejecutar las órdenes pendientes de captura; **c)** la determinación de todos los presuntos autores materiales e intelectuales de la masacre, por lo que deberá culminar el proceso penal iniciado contra ellos, y proceder a investigar aquellos presuntos autores que aún no se encuentran identificados...». En razón de lo anterior, es indiscutible que el presente caso fue declarado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de graves violaciones de Derechos Humanos, situación sobre la cual dicho Tribunal internacional ha reiterado su jurisprudencia en el sentido de hacer inaplicables las leyes de amnistía o invocaciones de prescripción u otra eximente de responsabilidad penal.

**En cuanto al tema litigioso contenido en la literal b),** no obstante que la aplicación per se de leyes de amnistía resulta improcedente en el presente caso, Cámara Penal entra a analizar si la inaplicación del Decreto-Ley 8-86 de fecha diez de enero de mil novecientos ochenta y seis, ha menoscabado los derechos del acusado Carias López, o bien si la inaplicación del Decreto 145-96 del Congreso de la República, Ley de Reconciliación Nacional colisiona con el artículo 44 Constitucional invocado. El aludido precepto Constitucional establece: «Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.».

Tomando en cuenta los hechos acreditados en su relación con la normativa Constitucional citada como vulnerada, así como el contenido del Decreto 145-96 precitado, esta Cámara estima que, el mismo no podría ser aplicado al presente caso, porque su artículo 2 extinguió totalmente la responsabilidad penal únicamente por los **«delitos políticos»** cometidos durante el enfrentamiento armado interno hasta la fecha de entrada en vigencia de la mencionada ley, y comprendió a «... los autores, cómplices y encubridores de los delitos contra la seguridad del Estado, contra el orden institucional y contra la administración pública, comprendidos en los artículos 359, 360, 367, 368, 375, 381, 385 a 399, 408 a 410, 414 a 416 del Código Penal, así como los contenidos en título VII de la Ley de Armas y Municiones...». Además, los artículos 3 y 4 del mismo Decreto Legislativo definieron respectivamente que, como delitos conexos debían entenderse a los que se relacionaran con los precitados **delitos políticos** y que los delitos comunes conexos con

los **delitos políticos** sobre los que se declaraba amnistía eran los contenidos en los artículos 214 al 216, 278, 279, 282 a 285, 287 a 289, 292 a 295, 321, 325, 330, 333, 337 a 339, 400 a 402, 404, 406 y 407 del Código Penal. Y en el presente caso, los delitos por los cuales se ha enjuiciado al encartado se encuentran comprendidos en los artículos 132, 248 y 378 del Código Penal. Lo mismo ocurre con el Decreto-Ley 8-86 del Jefe de Estado de fecha diez de enero de mil novecientos ochenta y seis, en cuyo artículo 1º se concedió amnistía general «... a toda persona responsable o sindicada de haber cometido delitos políticos y comunes conexos, durante el periodo comprendido del 23 de marzo de 1982 al 14 de enero de 1986...» (Resaltado no es del original). En tal virtud puede concluirse que, también desde los textos de los citados cuerpos normativos se desprende la improcedencia de citárseles como fundamento de algún beneficio para el acusado, por lo que carecen de sustento jurídico tanto la denuncia relativa a que la inaplicación del Decreto- Ley 8-86 precitado, habría vulnerado los derechos del acusado Carias López, como el reclamo que pretende invocar la amnistía como derecho susceptible de ser tutelado bajo el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala; **b)** además, esta Cámara estima útil establecer los criterios mínimos que permitirían considerar a un delito como político: siguiendo la doctrina, el Estado valora al mismo como el mayor mal del ciudadano contra el Estado, y la agresión no es el daño efectivo ni el menoscabo, sino la estimación subjetiva por parte del Estado. En ese sentido, se transforma contra su seguridad exterior e interior (Paz Mencos, Eleodoro (1993). El Delito Político. Universidad de San Carlos de Guatemala, página 29). Como criterios delimitadores pueden mencionarse: **i)** el objetivo, definido por el bien jurídico que lesiona: el Estado, sus poderes y autoridades, por medio del uso no admitido por el orden social establecido (Manuel de Rivera

Delgado, citado por Eleodoro Paz Mencos, Loc. Cit), y **ii**) el subjetivo, definido por la finalidad eminentemente política que persigue (Paz Mencos, Eleodoro, Op. Cit. página 31). De ahí que la propia legislación haya excluido de tal beneficio a delitos como los que aquí se tratan. En la misma forma, la doctrina comparada ha excluido de este beneficio, a los delitos atroces, entendidos como tales aquellos repudiados por la conciencia colectiva, dada la extrema insensibilidad moral de sus autores por la perversidad que acusan y por la gravedad intrínseca de los hechos (Acosta David, Víctor (1984). Delito Político y Amnistía, en: Estudios Penales. Jorge Enrique Valencia, director. Temis, Bogotá, Colombia, páginas 74-75). Debe tomarse en cuenta que la integralidad de los hechos acreditados por el Tribunal de Sentencia, definen la muerte masiva de doscientas una personas, en condiciones que bajo ningún punto de vista podrían definirse como políticas. El asesinato por igual de: hombres, mujeres, mujeres en estado de gestación, ancianos y niños que incluso fueron lanzados dentro de un pozo, la violación de mujeres en estado de gestación y niñas, entre otros hechos acreditados cometidos en contra de una población pacífica, que no opuso resistencia a la agresión, en la que ni se acreditó que hubieren aparecido armas, y la posterior sustracción de sus bienes sin la posibilidad de recuperación por parte de los familiares de las víctimas, excluyen toda posibilidad de consideración política por parte de sus autores, y pasan a la categoría de graves violaciones a Derechos Humanos como ya ha sido declarado por el Tribunal interamericano. En tal virtud, puede concluirse que, el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala citado como vulnerado por el recurrente, no le cobija en el beneficio de amnistía que incorpora el Decreto 145-96 del Congreso de la República, como tampoco han sido vulnerados sus derechos por la inaplicación del Decreto-Ley 8-86 del Jefe de Estado que concedió amnistía únicamente por la comisión

de delitos políticos y comunes conexos, que no es el presente caso. Por ello, el agravio planteado deviene improcedente.

Por lo considerado en este fallo, los recursos de casación interpuestos por motivos de forma y fondo fueron declarados improcedentes.

**b) Síntesis:** En la casación número 01004-2014-00371, se refiere a la existencia de colisión entre la legislación nacional —artículo 65 del Código Penal— y la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, puesto que, en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, consideró que solo se podía fundamentar una pena con base en las circunstancias propias del hecho imputado y no así en los antecedentes personales del sindicado como derecho penal de autor. Las circunstancias personales del sindicado forman parte de los parámetros establecidos por el Código Penal para fijar penas, pero, a consecuencia de la sentencia de la Corte IDH, los numerales referentes a las circunstancias personales de sindicado, no pueden ser tomados en cuenta para aplicar una pena.

El Tribunal consideró lo siguiente:

En el presente caso, el agravio expuesto por el casacionista parte sustancialmente, de que, el juzgador no consideró al imponer la pena las circunstancias que le favorecerían consistentes en que, no es peligroso social y que sus antecedentes no son dudosos. Para analizar dicho agravio debe partirse de lo normado por la Constitución Política de la República de Guatemala, que en el artículo 17 establece que «No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración» (principio de legalidad penal). La doctrina es coincidente en señalar que el derecho penal debe construirse en torno a los actos «El derecho penal de acto conci-

be al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) (...)»<sup>10</sup>, de esa cuenta, la fijación de la pena solo puede ser determinada por «(...) el grado de la acción ilícita y el de la responsabilidad por ella. Lo contrario importaría el desconocimiento de la garantía del derecho penal de acto en el momento decisivo de actuación del poder penal del Estado (...)»<sup>11</sup>.

De lo descrito se desprende que para fijar la pena, dentro del rango mínimo y máximo establecido en la ley, el juez no puede tomar como parámetro la peligrosidad social del culpable, puesto que el hacerlo implicaría reconocer que la imposición de la pena parte de la concepción del derecho penal de autor, pues solo a él puede considerársele con mayor o menor peligrosidad. Lo anterior implicaría un desconocimiento a los avances del derecho penal moderno y de los Derechos Humanos.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramírez contra el Estado de Guatemala, al considerar que, cuando se «sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía»<sup>12</sup>. Así mismo, que la peligrosidad del agente «implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo —con pena de muerte inclusive— no

---

10. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Comercial, Industrial y Financiera, Argentina, 2002, p. 120.

11. ROXIN, Claus, et al. *Determinación Judicial de la Pena*. Editorial EDIGRAF, Argentina, 1993, p. 78.

12. *Ibíd.*, párr. 54.

con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos»<sup>13</sup>.

Mismo juicio puede hacerse en cuanto el parámetro referente a los antecedentes personales del culpable, que al igual que la peligrosidad del agente, es una manifestación de derecho penal de autor, pues no se considera la propia acción ilícita y la responsabilidad o reproche que produce ésta, sino valora la conducta social del sujeto que cometió el delito antes de la comisión del mismo y que no tiene trascendencia en el acto propio. En consecuencia, no es sustentable jurídicamente el alegato referente a la ponderación de la pena basada en circunstancias personales distintas al hecho, sin embargo, como se citó, es criterio de esta Cámara, que deben existir acreditadas circunstancias, referentes al hecho, que habiliten una cuantificación de la pena superior al límite mínimo fijado.

El a quo para fundar la cuantificación de la pena consideró fundamentalmente que, el móvil del delito consistió en quitarles la vida a dos personas, el ad quem validó ese argumento, pues se limitó a señalar que el móvil sí fue acreditado.

El Tribunal de Casación para concluir acerca de si existió o no móvil acreditado, parte de: «cualquier voluntad humana se dirige a un fin, o sea que no hay voluntad ni conducta sin finalidad»<sup>14</sup>, «siempre se quiere algo, siempre la voluntad es «voluntad de» y «voluntad para»<sup>15</sup>; por lo tanto, la relación de causalidad debe partir de la base de una «causalidad a priori, o sea sobre la previsión de la causalidad»<sup>16</sup>, es decir que, cuando se tiene un fin se actúa así: «el hombre se propone un fin,

---

13. *Ibidem*.

14. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal Parte General*, tomo III. Editorial Comercial, Industrial y Financiera, Argentina, 1981, p. 64.

15. *Ibidem*.

16. *Ibidem*.

selecciona mentalmente los medios para lograrlo (programa); pone en funcionamiento la causalidad; y esta desemboca en el resultado»<sup>17</sup>.

En el caso objeto de estudio, está claro que el sindicato tiene el fin y la voluntad de producir el resultado de la muerte y para el efecto seleccionó los medios idóneos (un arma de fuego) e inició el programa causal por medio de una acción. Pero cabe distinguir que, el fin que persiguió con su conducta (dar muerte), y el móvil son elementos distintos que no deben confundirse.

Si bien es cierto que el hecho psíquico siempre es una complejidad, no obstante, el objetivo o fin y el móvil del mismo pueden distinguirse. «Mientras que con el término fin se considera sobre todo el aspecto cognoscitivo del hecho y se lo figura como la representación de un resultado que el agente entiende conseguir, con el término móvil se pone especialmente de relieve el aspecto afectivo del hecho psíquico y se lo considera, sobre todo, como impulso determinante de la acción»<sup>18</sup>.

La distinción debe ser cuidadosamente realizada, toda vez que (...) psicológicamente, cada fin tiene una motivación (móvil) y también la motivación lo es de la acción, pero un mismo fin puede tener distintas motivaciones y una motivación puede dar lugar a distintas finalidades<sup>19</sup>.

Es decir, el fin que se pretende lograr y las acciones destinadas al efecto (en este caso la muerte de dos personas) están determinadas por el elemento psíquico del móvil, o lo que al agente motivó a querer ese fin y ejecutar esas acciones (por ejemplo, ajustar cuentas, querer suceder hereditariamente a la víctima, o pertenecer a una pandilla) y solo en atención a la naturaleza de esa motivación podría ser cuantificada la pena.

Cámara Penal constata que no se acreditó el móvil del delito, de

---

17. *Ibíd.*, p. 66.

18. *Ibíd.*, p. 380.

19. *Ibíd.*, p. 381.

manera que no fue probado el elemento o elementos psíquicos, que motivaron al sindicado a perseguir el fin de dar muerte a las víctimas y en consecuencia, esta circunstancia no puede fundar el aumento de la cuantificación de la pena.

En cuanto a las agravantes señaladas por el Ministerio Público, se estima que: a) la premeditación no quedó acreditada de conformidad con los hechos fijados, b) la vinculación con otro delito; si bien se estableció el arma utilizada en la muerte de las víctimas fue robada tres meses antes, no fue argumentado por el Ministerio Público en el debate que dicho robo haya sido para preparar, facilitar, consumir u ocultar la muerte de las víctimas, y por ende no se acreditó. c) menosprecio del ofendido; se acreditó la minoría de edad de las víctimas, sin embargo, del hecho acreditado no se desprende que la acción fuera cometida en desprecio de la edad de las víctimas, del sexo, de la enfermedad, o de la condición de incapacidad física, o penuria del ofendido, pues no basta con que las víctimas sean menores de edad, en la acción acreditada debe desprenderse el desprecio de esta edad.

En consecuencia, al no quedar acreditada ninguna circunstancia que justifique la cuantificación de la pena en la manera que el sentenciador consideró y la sala confirmó, debe declararse procedente el recurso de casación por motivo de fondo interpuesto por el sindicado en la parte resolutive de la presente resolución.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

Es necesario mencionar que no obstante la observancia y aplicación que el Tribunal de Casación realizara en sus fallos, por tener Guatemala un Tribunal Constitucional independiente del Organismo Judicial, el interesado puede agotar en ese Tribunal constitucional sus recursos. Esto abre la puerta a que la sentencia sea sometida a consideración de dicho Tribunal y, en caso de no compartir el criterio de que la Constitución Política de la República se equipara

a los tratados y Convenciones en materia de derechos humanos, debiendo estar al mismo nivel jerárquico —tomando en consideración la experiencia que hemos tenido que los magistrados que integran la Corte de Constitucionalidad, son cambiados cada cinco años, y pueden variar la jurisprudencia del Tribunal por no compartir el criterio— es posible que los fallos se reviertan.

Sin embargo, sí podemos hacer la observación de que a ese tribunal constitucional le corresponde ejercer un doble control, el de constitucionalidad y el de convencionalidad, situación que se está abordando en otro estudio, tomando en cuenta la vivencia que se ha tenido hasta ahora.

Cabe mencionar que todo sería más fácil, si, en efecto, todos los jueces nacionales, sin importar su jerarquía, observaran y aplicaran la normativa internacional en sus fallos como lo demanda la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Y, posiblemente, como lo refiere Néstor Pedro Sagüés<sup>20</sup>, a los jueces se les incrementaría su carga laboral porque tendrían que conocer a detalle la jurisprudencia de esa Corte, pero se estarían dictando fallos judiciales acordes a la evolución del derecho y de la sociedad en que vivimos, con operadores de un moderno sistema de justicia.

Adicional a la aplicación ya referida que ha realizado la Cámara Penal en sus fallos, otra circunstancia que contribuyó a dar el paso a la aplicación de ese control fue que, durante 2010 y 2011, se capacitó a los jueces en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, y normativa internacional en el tema, situación que permitió que muchos de ellos profundizaran más en el conocimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la aplicaran en sus sentencias.

De igual forma, la Cámara Penal, en aplicación del control de convencionalidad, logró presentar al Congreso de la República reformas al Código Procesal Penal que eran necesarias para hacer efectivos derechos y libertades reconocidos en la Convención Ame-

---

20. SAGÜÉS, Néstor Pedro. «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad»... *op. cit.*, p. 123.

ricana sobre Derechos Humanos, cumpliendo con lo que refiere la Corte IDH en el caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 207, en lo que respecta a la adecuación del derecho interno a la Convención:

El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

De lo anterior se concluye que, en Guatemala, para realizar y cumplir la labor que demanda la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y, por ende, la Corte Interamericana, a través de sus fallos, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala dio el primer paso para cumplir dicha obligación, en el sentido de adecuar sus sentencias a las disposiciones internacionales.

### III

## EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN HONDURAS. AVANCES Y DESAFÍOS

*Joaquín A. Mejía Rivera y Josué Padilla Eveline*

#### 1. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CONTEXTO

El avance del derecho internacional de los derechos humanos y su interrelación con el derecho interno ha provocado un fuerte impacto en el ámbito interno de los Estados. Por un lado, se ha erosionado la noción tradicional del principio de soberanía pues, con la adopción de los instrumentos internacionales de derechos humanos, un Estado ya no puede tratar a su arbitrio a las personas sujetas a su jurisdicción en tanto que su protección ha dejado de ser solo un asunto nacional y se ha constituido en una cuestión esencialmente internacional<sup>1</sup>.

Por otro lado, el derecho internacional de los derechos humanos ha venido a fortalecer la protección de la persona humana ofrecida por el derecho interno, particularmente el derecho constitucional, razón por la cual este le dispensa un tratamiento especial que se refleja en la forma en que es incorporado, en su ubicación jerárquica y en su aplicación directa en el ámbito nacional<sup>2</sup>. En este sentido, se ha generado un nuevo sistema de fuentes de interpretación del

---

1. TRUYOL y SERRA, Antonio. *Los derechos humanos*. Tecnos, Madrid, 1984, p. 29.

2. Para un análisis al respecto puede consultarse MEJÍA R., Joaquín A. *Una mirada a la justicia constitucional hondureña desde la óptica de los derechos humanos*. Editorial San Ignacio/Editorial Guaymurás, Tegucigalpa, 2012 (con la colaboración de Omar Menjivar y Víctor Fernández).

derecho que ha innovado el escenario del derecho constitucional al elevar los parámetros del control de constitucionalidad a un bloque de convencionalidad, rompiendo la tradición dogmática de interpretación literal de la ley por parte de los órganos de justicia, para que estos se acerquen a una interpretación en torno al principio *pro homine* y a la tutela de los derechos humanos<sup>3</sup>.

Esta interrelación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional ha sido muy poco estudiado en Honduras, a pesar de que el primero tiene un impacto significativo en nuestra realidad constitucional. En este sentido, la Constitución hondureña se ha asegurado de establecer una ventana abierta para que el derecho internacional de los derechos humanos pueda permear y enriquecer la protección y el catálogo de declaraciones, derechos y garantías constitucionales. Esa ventana abierta se encuentra en el artículo 63 constitucional que establece que «las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre»<sup>4</sup>.

Por tanto, el artículo 63 constitucional representa una cláusula abierta o de no tipicidad, es decir, de *numerus apertus*, que implica que el reconocimiento de derechos no solo se limita a los expre-

---

3. JINESTAS, Ernesto. «Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales». En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. Santiago de Querétaro, 2012, p. 270. De esta forma se ha logrado despojar «de una serie importante de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos como la supremacía exclusiva de la Constitución y, en definitiva, un nuevo paradigma del Derecho Público de los países del sistema interamericano».

4. Esta disposición sigue los parámetros de la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos: «The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.»

samente incluidos en el texto de nuestra Constitución, sino que se amplía a todos aquellos derechos humanos provenientes de otras fuentes del derecho, y que la enumeración señalada no es exhaustiva o supresora de otros derechos, descartando de este modo el principio de interpretación *inclusio unius est exclusio alterius*, es decir, que la inclusión de uno supone la exclusión del otro<sup>5</sup>.

De la lectura conjunta de los artículos 15 y 16 constitucionales que establecen que «Honduras hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional que propenden a la solidaridad humana, al respeto de la autodeterminación de los pueblos, a la no intervención y al afianzamiento de la paz y la democracia universales», y que «los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno», se deduce con certeza que el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia generada en virtud de él, es una fuente fundamental de la que derivan otros derechos humanos en el marco del constitucionalismo hondureño<sup>6</sup>.

Bajo esta lógica, los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Honduras, y la jurisprudencia emanada de los órganos supranacionales con competencia para interpretar tales instrumentos, se incorporan a nuestra Constitución de la República a través de la cláusula abierta del artículo 63 y complementan los derechos expresamente contenidos en el texto constitucional. Teniendo en cuenta que los tratados internacionales tienen rango constitucional y supra legal, y son de

---

5. CANÇADO TRINDADE, Antonio A. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Prólogo de Máximo Pacheco Gómez. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p. 272.

6. También es importante destacar el artículo 119 de la Constitución hondureña que plantea que los niños y las niñas «gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», lo cual implica un mandato a los órganos jurisdiccionales y de toda la administración pública que trabaja el tema de niñez, a tomar en consideración lo desarrollado e interpretado por los sistemas internacionales de protección en la materia.

aplicación directa e inmediata<sup>7</sup>, el impacto de la interrelación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional es fundamental en la manera en que debe realizarse la interpretación y la práctica constitucional en el país.

Uno de los instrumentos internacionales que mayor impacto tiene en el ordenamiento jurídico hondureño es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana), ratificada por el Estado el 5 de septiembre de 1977. El intérprete final de este tratado es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH), cuya competencia fue reconocida por Honduras el 9 de septiembre de 1981. Este reconocimiento implicó cederle a este tribunal internacional la facultad para aclarar y desarrollar los estándares normativos interamericanos, evaluar el grado de actuación estatal de conformidad con las obligaciones internacionales y ordenar la adopción de las medidas preventivas o correctivas para asegurar el cumplimiento de las mismas.

Particularmente los jueces y juezas juegan un papel esencial en la aplicación de las disposiciones de la Convención Americana en el ámbito interno, tomando como parámetro y guía las interpretaciones realizadas por la Corte IDH; en otras palabras, a estos operadores y operadoras de justicia se les ha confiado la protección primaria de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en la Convención Americana, por lo que tienen la obligación de ejercer un doble control de la legalidad de las acciones y omisiones del Estado: el *control de constitucionalidad* sobre la producción e interpretación normativa, y sobre los actos de los poderes públicos, y

---

7. Para un análisis al respecto véase, MEJÍA R., Joaquín A. *Una mirada a la justicia constitucional hondureña... op. cit.*, especialmente las páginas 31-50 en el capítulo I «Hacia un sistema integrado para la protección del ser humano». Consúltese también PÉREZ MUNGUÍA, Andrés. *El constitucionalismo social hondureño en los tiempos de la normatividad*. Trabajo final de Máster. Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2012, p. 19.

el *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana<sup>8</sup>.

Este control de convencionalidad es una de las manifestaciones más incuestionables de la interrelación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional, y de la subsidiariedad de los tribunales internacionales con respecto a la justicia nacional que se basa en el principio de que un Estado debe estar en condiciones de brindar una protección eficaz de los derechos humanos o, en su defecto, una reparación por sí mismo y dentro del marco de su sistema jurídico interno en relación con toda violación a tales derechos. En otras palabras, las juezas y los jueces son los primeros obligados a verificar la compatibilidad de las acciones y omisiones de los poderes públicos con la Convención Americana y la jurisprudencia interamericana.

A esta función subsidiaria de los órganos internacionales se le conoce como la «fórmula de la cuarta instancia», en virtud de la cual estos solo pueden admitir una denuncia cuando se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso o que, aparentemente, viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención Americana, evitando de este modo convertirse en «un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia»<sup>9</sup>.

A jueces y juezas nacionales les corresponde ejercer la dimensión interna y derivada del control de convencionalidad, en el sentido de verificar la congruencia de las normas y actos internos con

---

8. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

9. CIDH. *Informe N° 39/96. Caso 11.673 (Argentina)*. 15 de octubre de 1996. IV. D., párrs. 48-51; Íd. CIDH. *Clifton Wright. Caso 9260*. Resolución N° 29/88 de 14 de septiembre de 1988; Íd. *Caso 74/90 (Argentina)*. Informe N° 74/90 de 4 de octubre de 1990; Corte IDH. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990.

las disposiciones de la Convención Americana, lo que implica un ejercicio de interpretación con su consecuente validación o invalidación de la norma o acto jurídico nacional incongruente con la norma internacional. Obviamente, este control debe ser ejercido en el marco de los parámetros establecidos por la Corte IDH, a quien le corresponde ejercer la dimensión externa, propia y original del control de convencionalidad que le faculta a verificar la compatibilidad entre el derecho y los actos u omisiones internas y la Convención Americana<sup>10</sup>. En consecuencia, la Corte IDH es la responsable de ejercer el control *concentrado* de convencionalidad, mientras que las juezas y los jueces nacionales son los responsables de ejercer el control *difuso* de convencionalidad, independientemente de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización<sup>11</sup>, el cual debe ser ejercido *ex officio*, es decir, sin esperar que la normativa y jurisprudencia internacional sea invocada por las partes en el proceso<sup>12</sup>.

A la luz de lo anterior, el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad pueden verse como dos caras de una misma moneda, pero, a pesar de su importancia, la mayoría de operadores y operadoras de justicia, litigantes y facultades de derecho han visto el derecho internacional de los derechos humanos como una realidad ajena y distante a la dinámica del ordenamiento jurídico nacional; a lo sumo, se invocan o sustentan demandas y resoluciones en algunas disposiciones aisladas de ciertos instrumentos internacionales, pero existe una escasa invocación a la jurisprudencia de la Corte IDH, incluso a la referida a los casos en los que Honduras ha sido parte.

---

10. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. «El control judicial interno de convencionalidad». En *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, N° 28, México, Julio-diciembre de 2011, pp. 124-127.

11. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). «El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional». En FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego. *Formación y perspectivas del Estado en México*. Universidad Nacional Autónoma de México/El Colegio Nacional, México, 2010, pp. 173-177.

12. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. «El control judicial interno de convencionalidad»... *op. cit.*, pp. 141-142 y 153.

## 2. EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA REALIDAD JURÍDICA HONDUREÑA

Una de las principales obligaciones del Estado de Honduras al ratificar la Convención Americana es la de adoptar, con base en los respectivos procesos constitucionales y en las disposiciones de ese instrumento internacional, las medidas legislativas o aquellas de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en dicho texto. Las medidas de otro carácter pueden y deben comprender las actuaciones de las juezas y jueces<sup>13</sup>, que son los llamados a ejercer el control de la legalidad de los actos y omisiones de los poderes públicos.

En este sentido, esta obligación estatal comprende: (a) dictar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos, (b) no dictar medidas que violenten derechos fundamentales y (c) adecuar la normativa que sea contraria a los tratados internacionales en virtud del principio general de derecho internacional *Pacta sunt servanda*, es decir, que lo pactado obliga. En otras palabras, si la Convención Americana ha entrado en vigor y es de obligatorio cumplimiento para el Estado de Honduras, debe ser cumplida de buena fe y no se pueden invocar las disposiciones de derecho interno, ni siquiera las de tipo constitucional, como justificación del incumplimiento estatal del referido instrumento interamericano<sup>14</sup>.

Por tanto, la ratificación de la Convención Americana por parte de Honduras tiene como consecuencia que las juezas y los jueces

---

13. CARBONELL, Miguel. *Introducción General al Control de Convencionalidad*. Editorial Porrúa México/ Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013, p. 70.

14. Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969. También véase, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos. «V. El artículo 2 de la CADH como fundamento del control de convencionalidad». En STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Eds.). *Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Comentario*. Konrad Adenauer Stiftung / Editorial Temis, Ciudad de Guatemala, 2014, pp. 96-97.

nacionales están sometidos a ella y están obligados a velar que el *effect utile* (efecto útil) de dicho instrumento no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. El Poder Judicial no solo debe ejercer el control de constitucionalidad, sino también el de convencionalidad «en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. 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 supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones»<sup>15</sup>.

A la luz de lo anterior podemos observar una paulatina transformación constitucional en Honduras que facilita una protección más efectiva de los derechos humanos a través del control de convencionalidad, la cual (a) inició con la modificación del capítulo XII de la Constitución de la República relativo al funcionamiento del Poder Judicial<sup>16</sup> y (b) siguió con la adopción de la Ley Sobre Justicia Constitucional<sup>17</sup>, que requirió de una nueva reforma a la norma suprema para darle mayor operatividad al sistema de garantías constitucionales<sup>18</sup>. De esta manera, se estableció que para asegurar una eficaz protección de los derechos humanos, sus disposiciones se interpretarán y aplicarán de conformidad con los tratados, convenciones y otros instrumentos internacionales sobre

---

15. 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, párr. 128.

16. Decreto Legislativo N° 262-2000 de fecha 22 de diciembre del 2000, publicado en el Diario Oficial *La Gaceta* No. 29,414 de fecha 26 de febrero del 2001.

17. Decreto Legislativo N° 244-2003 de fecha 20 de enero de 2004, publicado en el Diario Oficial *La Gaceta* No. 30,792 de fecha 3 de septiembre de 2005.

18. Decreto Legislativo N° 381-2005 de fecha 20 de enero de 2006, publicado en el Diario Oficial *La Gaceta* N° 30,920 de fecha 4 de febrero del 2006 y posteriormente reformado nuevamente por el Decreto Legislativo N° 237-2012 del 23 de enero de 2012, publicado en el Diario Oficial *La Gaceta* 33,033 del 24 de enero del 2013.

derechos humanos vigentes, tomando en consideración las interpretaciones que de ellos hagan los tribunales Internacionales, en particular la Corte IDH<sup>19</sup>.

En este contexto, de un análisis de 200 resoluciones emitidas entre los años 2014 y 2015 por la Sala de lo Constitucional y que fueron seleccionadas aleatoriamente, se puede constatar que en 60 de ellas dicha Sala utilizó de oficio alguna argumentación en torno a los derechos y garantías que se establecen en los distintos tratados internacionales de derechos humanos de los que el Estado forma parte, y en 20 de estos procesos fueron las partes solicitantes las que denunciaron directamente algún tipo de violación a la normativa internacional. Sin embargo, la Sala de lo Constitucional solamente ha emitido por lo menos tres sentencias en los cuales ha ejercido el control de convencionalidad de forma directa<sup>20</sup>, lo cual representa un mínimo porcentaje del total.

Pese a ello, un aspecto interesante que se observó en las sentencias analizadas, es que tanto la Sala de lo Constitucional como los ciudadanos y ciudadanas que solicitaron la tutela de derechos fundamentales ante ella, solo hicieron uso de los preceptos de seis tratados internacionales de derechos humanos de los que Honduras es parte, a saber: del Sistema Universal de Derechos Humanos invocaron apenas la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el PIDCP), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el PIDESC); mientras que del Sistema Interamericano invocaron la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana y la Carta Democrática Interamericana.

Resulta llamativo que de los nueve tratados que son considerados el núcleo duro en el marco convencional de la Organización de

---

19. Artículo 2 de la Ley Sobre Justicia Constitucional. Al respecto véase, BREWER-CARÍAS, Allan R. *Comentarios a la Ley Sobre Justicia Constitucional*. OIM Editorial, Tegucigalpa, 2012, p. 35.

20. Ver las sentencias AA-0406-2013, RI-1343-2014 acumulada con el RI-0243-2015 y ACC-1031-2014.

Naciones Unidas, en los procesos mencionados solo se invocaron los dos tratados de carácter general —el PIDCP y el PIDESC—, pero no fue invocado ninguno de carácter específico que protege ciertas categorías de personas o frente a determinados hechos ilícitos y que han sido ratificados por Honduras<sup>21</sup>, como la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CAT), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre Todas las Formas de Discriminación Racial (CDR), la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CTM), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (CDF)<sup>22</sup>.

Lo mismo sucede con los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues solo se invocó la Convención Americana que, si bien es cierto representa el corazón mismo del sistema, es complementada y enriquecida con otros instrumentos

---

21. El Estado hondureño ratificó los nueve instrumentos: el PIDESC el 17 de febrero de 1981, el PIDCP el 25 de agosto de 1997, la CEDAW el 3 de marzo de 1983, la CAT el 5 de diciembre de 1996, la CDN el 10 de agosto de 1990, la CTM el 9 de agosto de 2005, el CRPD el 14 de abril de 2008 y el CDF el 1 de abril de 2008. Estos tratados han sido publicados íntegramente en el Diario Oficial *La Gaceta*: El PIDCP fue publicado en el N° 28,293 del 24 de junio de 1997; el PIDESC en el N° 23,167 del 30 de julio de 1980; la CDR en el N° 29,826 del 6 de julio de 2002; la CEDAW en el N° 23,203 del 10 de septiembre de 1980; la CAT en el N° 28,089 del 19 de octubre de 1996; la CDN en el N° 26,259 del 10 de agosto de 1990; y la CTM en el N° 30,722 del 14 de junio de 2005.

22. Aquí solo se toman en cuenta los instrumentos convencionales, pero existe una cantidad considerable de instrumentos no convencionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, los Principios básicos sobre la función de los abogados, los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, entre otros. Para un análisis al respecto véase LEVIN, Leah. *Derechos humanos: Preguntas y respuestas*. Ediciones UNESCO/Bakeaz, Bilbao, 1999, p. 10.

más específicos como el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, mejor conocida como «Convención de Belem Do Pará»<sup>23</sup>.

Si como lo señala el artículo 16 de nuestra Constitución que todos estos tratados «una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno», resulta cuestionable que muy pocas de sus disposiciones hayan sido invocadas por las partes y por la Sala de lo Constitucional, mucho menos las interpretaciones realizadas por los comités, en el caso de los tratados del sistema convencional de Naciones Unidas que han sido creados para vigilar el cumplimiento de los mismos<sup>24</sup>.

Cabe preguntarse si es una cuestión de ignorancia del *corpus juris* y de la jurisprudencia internacional, de apatía intelectual o simplemente es la aplicación de la visión tradicional de considerar

---

23. Como ya lo señalamos, Honduras ratificó la Convención Americana el 5 de septiembre de 1977, y también ha ratificado o se ha adherido a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra Personas Discapacitadas el 14 de septiembre de 2011, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte el 14 de septiembre de 2011, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas el 28 de abril de 2005, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer el 4 de julio de 1995, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales el 14 de septiembre de 2011.

24. Al respecto puede consultarse, MEJÍA R., Joaquín A. *Honduras y los sistemas internacionales de protección de derechos humanos*. Editorial San Ignacio, Tegucigalpa, 2010, especialmente las pp. 29-60 en el capítulo I «El Estado de Honduras en el marco de los Sistemas de Protección Internacional».

las normas y las interpretaciones de los órganos supranacionales como una realidad distante y sin relación con la dinámica del ordenamiento jurídico interno. En el caso de las partes privadas en el proceso se puede justificar la poca utilización de las fuentes del derecho internacional por la poca formación recibida en las facultades de derecho y las reducidas posibilidades de actualización en la materia. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales no tienen excusa pues su obligación, a la luz del principio *iura novit curia*, es conocer *ex officio* el derecho a aplicar, que en virtud de los artículos 15 y 16 constitucionales lo constituye los tratados internacionales ratificados por Honduras y la jurisprudencia de los órganos supranacionales.

La importancia de lo anterior radica en que la efectividad de los recursos judiciales depende en gran medida de la existencia de un Poder Judicial competente, independiente e imparcial, que constituye un elemento esencial para el fortalecimiento de la democracia y del Estado de derecho<sup>25</sup>. En relación con la competencia, no solamente implica el derecho de las personas a ser juzgadas por tribunales de justicia ordinarios conforme a procedimientos legalmente establecidos, cuya ausencia es un factor importante para determinar la violación de otras garantías del debido proceso<sup>26</sup>, sino también debe verse como la capacidad y conocimiento de la materia jurídica a aplicar por parte de quienes imparten justicia. Por tanto, es posible que una decisión judicial que no tome en consideración la protección de los derechos reconocidos en un tratado internacional y provoque su transgresión, puede generar la responsabilidad internacional del Estado.

---

25. MEJÍA R., Joaquín A. «Visión particular sobre la situación del acceso a la justicia». En AHRENS, Helen, ROJAS ARAVENA, Francisco y SAINZ BORG, Juan Carlos (Eds.). *El acceso a la justicia en América Latina: Retos y desafíos*. Universidad para la Paz, San José, Costa Rica, 2015, pp. 181-188.

26. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 17 de noviembre de 2009, párr. 75; *Id. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 129; *Id. Caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 6 de noviembre de 2008, párr. 86.

En los casos donde se puede verificar que la Sala de lo Constitucional se ha pronunciado en torno a una protección de derechos humanos establecidos en tratados internacionales, sus resoluciones han comenzado con una conceptualización del bloque de constitucionalidad. Así, contra la resolución N° 008-2013 dictada por el Tribunal Supremo Electoral en fecha veintinueve de mayo de dos mil trece, que resuelve que no se permita que candidatos que hayan participado en elecciones primarias en los partidos correspondientes, puedan postularse como candidatos en el proceso de elecciones generales celebradas el 24 de noviembre de 2013 en otros partidos políticos, el señor Andrés Pavón Murillo, en su condición de secretario general del partido político Frente Amplio Político Electoral en Resistencia (FAPER), interpuso un recurso de amparo por considerar que la referida resolución disminuye y menoscaba el derecho de elegir y ser electo.

En el considerando 4 de la sentencia que resuelve dicho recurso, la Sala de lo Constitucional señaló que para solucionar el problema jurídico planteado como conflicto constitucional, era necesario partir del desarrollo de dos temas que se vuelven fundamentales para la solución del mismo: El control de constitucionalidad y el control de convencionalidad<sup>27</sup>. En los considerandos 5 y 6 citó la opinión consultiva OC-2/82 de la Corte IDH sobre «El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos» y analizó lo que debe entenderse por control de convencionalidad a la luz de lo desarrollado por la Corte IDH en la sentencia del caso Almonacid Arellano vs. Chile, que en el párrafo 124 establece que

[...] 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

---

27. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Recurso de Amparo Administrativo AA-0406-2013, de fecha de fecha 28 de junio de 2013. Salvo indicación en contrario, en lo que sigue nos referiremos a esta resolución.

porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «Control de Convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En este sentido, la Sala de lo Constitucional determinó que se pueden

[...] extraer cuatro elementos fundamentales que resumen los aspectos más relevantes del control de constitucionalidad y su proceso de implementación, el primero, la interpretación del derecho es la competencia propia y peculiar de los tribunales, este elemento supone una implicación objetiva al ser ejercida como parte integral de la soberanía nacional de cualquier Estado, y parte de la delegación por el Constituyente de la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado en el Poder Judicial; el segundo, que una Constitución es, de hecho [*debiéndose comprender como de jure*] y debe ser mirada por los jueces como un Derecho Fundamental, por tal motivo «en casos de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, se aplicará la primera»; el tercero, que al cumplirse el supuesto anterior, corresponderá exclusivamente al Juez concretar el significado del texto fundamental, y esta interpretación la deberá efectuar «como si fuera una ley particular», entonces tenemos que el Control de Constitucionalidad descansa en la figura del Juez; y el elemento más importante para efectos de generar este Control, es el cuarto, que en este proceso implica la actividad del Juez, al ocurrir una diferencia entre la ley particular y la fundamental, la norma fundamental debido a su vinculación y validez más fuerte, debe ser preferida pues representa la intención

del pueblo (entiéndase ésta como la voluntad del Constituyente) sobre la de sus agentes (entiéndase ésta como la del Poder Constituido), y será el Juez quien concretará su significado mediante un proceso de «IURA NOVIT CURIA», referido a su conocimiento directo del texto fundamental, actuando como Controlador de Constitucionalidad, valiéndose de los mecanismos que la ley, la jurisprudencia y la doctrina le proporcionen, garantizando el Juez por la vía de la legalidad y su conocimiento, los efectivos mecanismos de protección judicial requeridos para ejercer el Control Constitucional.

A la luz de lo anterior, la Sala de lo Constitucional concluyó que el control de convencionalidad es nada más y nada menos que expandir el control de constitucionalidad definido en el párrafo precedente, y que los jueces y juezas deben «observar su aplicación a un ordenamiento jurídico con características estrictamente internas a uno con sentido legislativo Supranacional, cuyas normas, si bien conservan sus características de aplicabilidad internas en el Estado, ahora están sujetas a ser aplicadas en última instancia por un sistema judicial supranacional, cuyas sentencias tienen un carácter vinculante al comprometerse los Estados parte a cumplir la decisión emanada de estos»<sup>28</sup>.

Por tanto, para la Sala de lo Constitucional, el control de convencionalidad «consiste en que la interpretación del derecho contenido en las Convenciones y los Tratados de que un Estado sea signatario, es la competencia propia y peculiar de los tribunales. Una Convención o Tratado Internacional son, de hecho y deben ser mirados por los jueces como normas de Derecho Fundamental, que forman parte de nuestro Bloque Constitucional. Y por ello pertenece a los jueces concretar su significado, tanto como el significado de cualquier Ley particular que proceda del Cuerpo Legislativo»<sup>29</sup>.

En las sentencias de la Sala de lo Constitucionalidad se puede identificar cuatro aspectos fundamentales que justifican y legiti-

---

28. Considerando 9.

29. Considerando 10.

man el ejercicio del control de convencionalidad: (a) las normas y derechos fundamentales de origen supranacional se incorporan a nuestro derecho interno para formar parte del llamado «Bloque de Constitucionalidad»; (b) la Sala de lo Constitucional puede declarar la invalidez de las normas que contravengan los tratados internacionales vigentes en materia de derechos humanos; (c) los demás jueces y juezas, en los asuntos de su competencia, pueden desaplicar tales normas para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones; y (d) «las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos»<sup>30</sup>.

De esta manera, se viabiliza la aplicabilidad directa del «bloque de constitucionalidad» y la jurisprudencia de la Corte IDH que comprende toda interpretación de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales y de otros instrumentos de la misma naturaleza, tanto la realizada en las sentencias pronunciadas en los casos contenciosos, como en las demás resoluciones sobre medidas provisionales, supervisión de cumplimiento e interpretación de sentencia, y opiniones consultivas<sup>31</sup>. Con ello se potencian las garantías y mecanismos de protección que establece la Convención Americana, «mediante una norma procesal que viabiliza su aplicación directa por la Justicia Constitucional»<sup>32</sup>.

Como se ha señalado en otro espacio, la Constitución hondureña reconoce la existencia de un «bloque de constitucionalidad» y de un «bloque de convencionalidad» que, en conjunto, constituyen un amplio «bloque constitucional de protección de la persona humana»<sup>33</sup>,

---

30. Considerandos 11 y 12.

31. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, voto razonado del juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer MacGregor, párrs. 31 y 48-49.

32. Considerando 18.

33. MEJÍA R., Joaquín A. *Una mirada a la justicia constitucional hondureña... op. cit.*, p. 44.

lo cual refleja el diálogo efectivo entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, que permite que se construya un «puente constitucional» para reconocer un rango constitucional a las normas internacionales de derechos humanos y un «puente jurisdiccional» para que todos los jueces y juezas conozcan, observen y apliquen la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>34</sup>.

La importancia de la precisión del contenido y definición de lo que la Sala de lo Constitucional denomina «bloque de constitucionalidad» (o «bloque constitucional de protección de la persona humana») radica en que clarifica la estructura de nuestro sistema normativo, llegándose a establecer que las normas del ordenamiento jurídico pueden ser clasificadas en dos grupos: las que se integran en dicho bloque y las restantes<sup>35</sup>. Las pertenecientes al «bloque constitucional de protección de la persona humana» dan las pautas de validez de las normas que no forman parte de él y se constituyen en límites y guía de toda la actuación jurídica que quiera ser considerada válida. En virtud de ello, la legitimidad de toda producción normativa, de toda interpretación y de toda actuación de los poderes públicos, radica en que se adecúen a los lineamientos y estándares establecidos en el «bloque constitucional de protección de la persona humana»<sup>36</sup>.

En otra sentencia relacionada con la acción de inconstitucionalidad que interpuso el expresidente Rafael Leonardo Callejas y otros para que se declarara la inaplicabilidad de los artículos 42 numeral quinto y 239 de la Constitución de la República que prohibía la reelección presidencial, la Sala de lo Constitucional estableció que la interpretación de los derechos humanos contenidos en las convenciones y tratados de los cuales Honduras es parte, es *per se*

---

34. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. «El control judicial interno de convencionalidad»... *op. cit.*, p. 132.

35. GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. *Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después*. Estudios de Deusto, Bilbao, 2006, p. 69.

36. ASÍS ROIG, Rafael de. «Democracia, constitución y derechos». En LÓPEZ GARCÍA, José Antonio, REAL ALCALÁ, J. Alberto y RUIZ R., Ramón (Eds.). *La democracia a debate*. Dykinson, Madrid, 2002, p. 188.

competencia propia y peculiar de los tribunales, ya que un tratado internacional de derechos humanos es de hecho y debe ser observado por los jueces y juezas como normas de derecho fundamental que forman parte de lo que llamamos nuestro «bloque constitucional de protección de la persona humana». En este sentido, la Sala de lo Constitucional interpreta la Constitución como un todo en el marco del bloque de constitucionalidad y convencionalidad, considerando a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado, «y la jurisprudencia de la Corte IDH, confrontando las normas impugnadas con el texto constitucional en su conjunto, y los tratados internacionales ratificados por la República [...]»<sup>37</sup>.

Tanto en la sentencia del Recurso de Amparo Administrativo AA-0406-2013 como en la Acción de Inconstitucionalidad RI-1343-2014 acumulada con la Acción de Inconstitucionalidad RI-0243-2015, la Sala de lo Constitucional utilizó ampliamente la jurisprudencia de la Corte IDH para fundamentar su decisión de declarar inconstitucionales las normas analizadas, lo cual constituye un paso importante en la consolidación de los tribunales nacionales como auténticos guardianes no solo de la legalidad constitucional, sino también de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales y de otros instrumentos interamericanos de derechos humanos, y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad<sup>38</sup>. En otras palabras, las juezas y jueces dejan de ser simples aplicadores de las normas nacionales para convertirse en verdaderas juezas y jueces interamericanos.

Un asunto muy importante de estas sentencias es que plantean que son vinculantes no solo las sentencias de la Corte IDH en

---

37. Véase Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Recurso de Inconstitucional vía Acción RI-1343-2014 acumulada con el RI-0243-2015, de fecha 22 de abril de 2015. Las citas textuales corresponden, en su orden, a los considerandos 8 y 11.

38. Véase por ejemplo, el considerando 14 de la sentencia del Recurso de Inconstitucional vía Acción RI-1343-2014 acumulada con el RI-0243-2015 en el que se hace un desarrollo del derecho a la libertad de expresión y los considerandos 31-37 de la sentencia del Recurso de Amparo Administrativo AA-0406-2013 en el que desarrolla el alcance y contenido de los derechos políticos.

las que el Estado de Honduras es parte en el litigio, sino también aquellas en que no lo es. Así, la Sala de lo Constitucional señala que, en virtud de lo normado en el artículo 2 de la Ley Sobre Justicia Constitucional y a la luz de los artículos 15, 16, 17 y 18 de la Constitución de la República, la interpretación convencional, por ejemplo, de las sentencias *Mirna Mack vs. Guatemala* (2003), *Almonacid Arellano vs. Chile* (2003) y *Juan Gelman vs. Uruguay* (2011), pueden ser «relacionadas y desarrolladas pertinentemente como derecho vinculante también para el Estado de Honduras»<sup>39</sup>.

De esta resolución hay que destacar que la parte peticionaria, la Fiscalía del Ministerio Público y la Sala de lo Constitucional consideraron vulnerados directamente varios derechos reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos y, por tanto, reconocieron la facultad de dicha Sala de ejercer el control de convencionalidad. La parte peticionaria argumentó que la Sala de lo Constitucional debía ejercer el control no solo constitucional sino convencional, ya que los fallos de la Corte IDH «son de observancia obligatoria para Honduras, al tenor de lo establecido en el artículo 2 de la Ley Sobre Justicia Constitucional y en los artículos 15 y 18 de la Constitución de la República». También la propia Sala de lo Constitucional arguyó que la Constitución de la República le otorga «el control directo de la constitucionalidad y convencionalidad de las leyes»<sup>40</sup>.

Finalmente, un aspecto fundamental para el fortalecimiento de la democracia en Honduras es que, a través de la interpretación conforme derivada del ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad, la Sala de lo Constitucional estableció que los derechos humanos constituyen un elemento estructural del ordenamiento y un valor esencial del Estado de derecho, por lo

---

39. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Recurso de Inconstitucional vía Acción RI-1343-2014 acumulada con el RI-0243-2015, considerando 20.

40. *Ibíd.* 4. Las citas textuales corresponden, en su orden, al quinto motivo en el punto 4. Motivación desarrollada por los actores y al considerando 1. Consúltese también la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional en los casos acumulados SCO-0442- y 0755-2013 de fecha 10 de febrero de 2015.

que deben quedar fuera del alcance de la acción estatal, ya sea por medio de la ley, de la actividad administrativa o de los tribunales de justicia. En otras palabras, la esfera de libertad que los derechos humanos garantizan «no puede ser tocada por ninguna autoridad, porque es [la persona], no la sociedad, quien tiene la dignidad y, en consecuencia, corresponde a [ella] la titularidad de los derechos fundamentales»<sup>41</sup>.

Esta conclusión tan importante está permeada por la jurisprudencia interamericana en el sentido de que la legitimidad democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por la protección de los derechos humanos, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, donde la protección de tales derechos «constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo «susceptible de ser decidido»»<sup>42</sup>.

En este sentido, el «bloque de constitucionalidad de protección de la persona humana» se constituye en la principal garantía de la democracia tanto en su dimensión formal, entendida como el conjunto de procedimientos y de controles estipulados en garantía de la representación y del principio de mayoría, así como en su dimensión sustancial, entendida como la garantía de los derechos humanos que aseguran la igualdad y las necesidades vitales de la persona humana<sup>43</sup>.

A través del control de convencionalidad la Sala de lo Constitucional ha ratificado que la persona humana «es alfa y omega de las

---

41. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Recurso de Inconstitucional vía Acción RI-1343-2014 acumulada con el RI-0243-2015, considerando 9.

42. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 238-239.

43. FERRAJOLI, Luigi. «El Estado constitucional de Derecho hoy: El modelo y su divergencia de la realidad». Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez. En ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (Ed.). *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*. Trotta, Madrid, 1996, p. 22. Para un análisis al respecto puede consultarse MEJÍA R., Joaquín A. «Democracia sin derechos: La concepción tradicional de la democracia hondureña». En revista *Envío-Honduras*, Año 9, N° 29, ERIC-SJ, Tegucigalpa, julio 2011, pp. 40-46.

normas jurídicas, por lo que éstas y especialmente las que consagran derechos fundamentales, deben interpretarse en la forma que más le favorezcan»; es decir, que en virtud del principio *pro homine* las juezas y jueces constitucionales «están obligados a aplicar la norma nacional o internacional más beneficiosa para la persona, sin que ello implique de algún modo reconocer mayor jerarquía normativa a los tratados respecto a la Constitución»<sup>44</sup>.

Por tanto, mediante el ejercicio de los controles de constitucionalidad y convencionalidad se reafirma que la norma que tiene primacía, sea constitucional o internacional, es aquella más favorable a la protección de las personas, con lo cual se reducen o minimizan considerablemente las posibilidades de conflictos entre las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y las disposiciones constitucionales. En otras palabras, «lo que importa en último término es el grado de eficacia de la protección, y por consiguiente ha de imponerse la norma que en el caso concreto mejor proteja, sea ella de derecho internacional o de derecho interno»<sup>45</sup>.

### 3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Además de la independencia y la imparcialidad, una de las características esenciales de quienes imparten justicia es la competencia que, entre otras cosas, requiere que juezas y jueces tengan el conocimiento adecuado y el dominio técnico de la materia jurídica sobre la cual deben tomar una decisión. En el marco del control de la legalidad en su doble dimensión, constitucional y convencional, es una exigencia básica que estos funcionarios y funcionarias judiciales estén al tanto del *corpus juris* internacional y que manejen las interpretaciones que los órganos supranacionales realizan como intérpretes últimos de los tratados internacionales de derechos humanos respectivos.

---

44. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Recurso de Inconstitucional vía Acción RI-1343-2014 acumulada con el RI-0243-2015, ambas citas textuales corresponden al considerando 9.

45. CANÇADO TRINDADE, Antonio A. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI... op. cit.*, pp. 308-311.

No cabe duda de que en los últimos años se ha avanzado en darle mayor importancia a la interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, como lo evidencian las resoluciones analizadas en este trabajo; no obstante, todavía queda mucho por hacer en dos sentidos: uno más técnico y otro más político.

En el primer sentido (técnico), el Poder Judicial debe consolidar el ejercicio de los controles de constitucionalidad y convencionalidad, y asumir sin reservas su papel de guardián de la normativa y jurisprudencia constitucional y convencional, pues a través del control de convencionalidad puede promover una mejor protección de la persona humana y constituirse en garante de los derechos humanos bajo la lógica de que la gran batalla por ellos «se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional»<sup>46</sup>. Para ello es fundamental que los procesos de formación de la Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia incorporen estudios y actualizaciones sistemáticas y permanentes del *corpus juris* y de la jurisprudencia internacional, particularmente de la interamericana.

A su vez, la ciudadanía y litigantes que acuden al sistema de justicia deben profundizar el estudio y conocimiento de la normativa y jurisprudencia internacional para invocarlas y activar la práctica e interpretación de los tribunales nacionales; y las facultades de Derecho tienen ante sí el desafío de reformar el *pensum* académico y de ampliar la investigación jurídica con el fin de visibilizar, analizar y provocar debates en torno al impacto que tiene el derecho internacional de los derechos humanos en los diversos ámbitos del derecho nacional, y a la importancia del diálogo jurisdiccional interno e internacional que contribuye «a erigir, detallar, enriquecer e impulsar la cultura jurídica común, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público»<sup>47</sup>.

---

46. Corte IDH. *Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú...* *op. cit.*, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párrs. 11-12.

47. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. «El control judicial interno de convencionalidad»... *op. cit.*, p. 129.

Por ello es importante afianzar la idea de que los jueces y las juezas nacionales no solo deben aplicar la jurisprudencia que nace de aquellos casos en los que el Estado de Honduras es parte, sino también de aquellos donde no lo sea, y facilitar y promover de esta forma un estándar común en la región a la luz de la interpretación que la Corte IDH realiza del *corpus juris* interamericano<sup>48</sup>. El control de convencionalidad exige y desafía a los tribunales nacionales a conocer las disposiciones de los tratados internacionales de los que Honduras es parte y la jurisprudencia de los órganos supra-nacionales facultados para interpretarlos, puesto que la falta de verificación de la validez de los actos y omisiones de los poderes públicos respecto a la normativa y jurisprudencia interamericana de derechos humanos, puede configurar la responsabilidad internacional del Estado.

En un segundo sentido (político), es necesario alcanzar acuerdos políticos de alto nivel para anular la politización partidista en la designación de magistrados, magistradas y concejales de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial, y reducir la interferencia política en el sistema judicial que influye para que no funcione o funcione selectivamente<sup>49</sup>, ya que se procesa y sanciona solo a una fracción de aquellas personas que cometen actos criminales, y a la vez el sistema encarcela a muchas personas «que esperan un juicio y podrían ser inocentes»<sup>50</sup>.

Se debe reconocer que la apertura del ejercicio del control de convencionalidad en la jurisprudencia nacional es un avance significativo que debemos aplaudir, promover y consolidar. Sin embargo, en algunos de los asuntos resueltos favorablemente por la Sala de lo Constitucional, se mantiene la impresión de que para

---

48. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México...* op. cit., voto razonado del juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 21, 24 y 51.

49. ORELLANA, Edmundo. «Consideraciones en torno a los indignados». En revista *Envío-Honduras*, Año 13, N° 46, ERIC-SJ, Tegucigalpa, junio 2015, p. 15.

50. BAILEY, John. *Crimen e impunidad. Las trampas de la seguridad en México*. Debate, México, 2014, p. 28.

ciertos sectores la efectividad de los controles de constitucionalidad y convencionalidad pudiera haber sido impulsada más por cuestiones políticas partidistas que por respeto y observancia a la legalidad constitucional y convencional. Ejemplo de ello es que las actuaciones de la Sala de lo Constitucional en particular y del Poder Judicial en general, no siempre se han caracterizado por su celeridad y diligencia, ya que en el marco del golpe de Estado, de los 81 recursos destinados a amparar los derechos humanos de la ciudadanía que podían haber justificado la suspensión cautelar de los actos reclamados debido al carácter flagrante y de gran impacto social de los abusos del poder público, únicamente los dos recursos presentados a favor del general Romeo Vásquez Velásquez fueron otorgados y se dictó la suspensión cautelar de la acción que se denunciaba<sup>51</sup>.

Pese a que el Poder Judicial es la institución que más se ha beneficiado materialmente de las reformas normativas e institucionales, los indicadores cuantitativos y cualitativos siguen siendo bajos, debido principalmente a la injerencia política, la corrupción y la falta de transparencia que, sin duda, limitan el acceso a la justicia<sup>52</sup>, frustran las expectativas de las grandes mayorías, estancan el proceso de democratización y reducen la legitimidad de las instituciones democráticas<sup>53</sup>. En este sentido, es importante

---

51. Comisión de la Verdad y la Reconciliación. *Para que los hechos no se repitan: Informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación*, tomo I, CVR, Honduras, 2011, p. 369.

52. HAMMERGREN, Linn, CÁLIX, Miguel y ROMERO, Ramón. *Strengthening performance accountability in Honduras*. Institutional Governance Review, vol. II: Background chapters. World Bank. Latin American and the Caribbean Regional Office. Washington D.C. 9 de marzo, 2009, pp. 122-127. El establecimiento de un presupuesto por mandato constitucional y los fondos obtenidos de la cooperación internacional le han permitido aumentar el número de jueces y juezas, ampliar la prestación de servicios a más regiones del país, mejorar las instalaciones judiciales y los salarios, adoptar tecnología de vanguardia e introducir importantes innovaciones.

53. KAPLAN, Marcos. *El Estado Latinoamericano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996, pp. 277-278.

analizar el hecho de que un 82.3% de la población considere que la aplicación de justicia ha empeorado o sigue igual; es decir, 8 de cada 10 hondureños y hondureñas tienen poca o ninguna confianza en el Poder Judicial<sup>54</sup>.

Evidentemente, la falta de competencia, independencia e imparcialidad es un factor que afecta negativamente la administración de justicia y el rol potencial de juezas y jueces como defensores de derechos humanos, y convierten los recursos judiciales en mecanismos ilusorios<sup>55</sup> con su consecuente desprotección de los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno y del «conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió»<sup>56</sup>.

Un desafío urgente para Honduras es impulsar una profunda depuración y reestructuración del Poder Judicial y la creación de una nueva instancia competente, independiente e imparcial (Tribunal o Corte Constitucional) que (a) ejerza los controles de constitucionalidad y convencionalidad; (b) se constituya en un poder de cierre del propio sistema constitucional; (c) garantice la supremacía constitucional y convencional; (d) asegure que ninguna acción u omisión del poder público convierta los derechos humanos en «derechos ficticios» o «derechos de papel»; (e) se someta a los límites y vínculos que le imponen los derechos humanos reconocidos en nuestro «bloque constitucional de protección de la persona humana»; y (f) interprete la realidad constitucional y convencional en el sentido más favorable a la persona humana.

---

54. Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación. *Sondeo de opinión pública. Percepciones sobre la situación hondureña en el año 2013* (diciembre 2013). ERIC-SJ, El Progreso, Yoro, enero 2014, p. 11.

55. Declaración de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de derechos humanos, Margaret Sekaggya, al concluir su visita oficial a Honduras del 7 al 14 de febrero de 2012.

56. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México... op. cit.*, voto razonado del juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 24.

## IV

### EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SALVADOR: POSIBILIDADES Y DESAFÍOS

---

*Carlos Rafael Urquilla Bonilla*

#### 1. PROLEGÓMENOS SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ORÍGENES, SIGNIFICADO Y ALCANCE

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención o Convención Americana) es, sin duda, el instrumento de derechos humanos más relevante para las Américas, y surgió con la intención de ser la norma toral que desplegara sus efectos jurídicos de protección de la dignidad humana a lo largo y ancho de esta región del mundo. Surgida en 1969, en mi natal San José, es el resultado de un debate político intenso que fue desarrollado en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. La revisión de sus *travaux préparatoires* pone en evidencia que la construcción de la Convención no fue simple, y que las intervenciones de muchos Estados mostraron una intención tal que, de haberse concretado, no hubiera permitido alcanzar la virtuosa redacción final con la que ahora se cuenta.

Dentro de su inteligencia, la Convención Americana fue estructurada identificando obligaciones generales en su frontispicio, y luego un listado de derechos evidentemente construido bajo la modalidad *numerus apertus*, que se perfecciona claramente con sus propias normas de interpretación —Artículo 29—. La interacción de estas dos partes normativas —obligaciones generales y listado abierto de derechos— permite construir una sinergia jurídica muy completa pues, aunque en la configuración de cada derecho existan

obligaciones específicas, existen también las obligaciones generales aplicables a todos los derechos, incluyendo, por supuesto, los derechos innominados<sup>1</sup>.

Estas obligaciones generales son dos: respetar y garantizar. A través de la obligación de respetar el Estado, en cualquiera de sus actuaciones u omisiones, debe abstenerse de afectar, dañar o perjudicar los derechos y libertades cubiertos por la Convención Americana. Por su parte, la obligación de garantizar debe pensarse como el inverso recíproco de la de respetar, pues con ella el Estado debe desplegar su actividad y dirigirla a proteger y realizar aquellos derechos y libertades. Si bien no se puede establecer un listado taxativo de acciones integradoras de la obligación de garantizar, su cumplimiento se valora a partir de la razonabilidad y la pertinencia de dichas acciones para lograr el propósito de salvaguarda efectiva. En términos de naturaleza jurídica, la obligación de respetar es una obligación de resultado (*to achieve full respect of the rights*) y la obligación de garantizar es una obligación de medio (*the best endeavours to protect the rights*)<sup>2</sup>.

La relevancia de la obligación de garantizar, así como su extensa amplitud, pero sobre todo su dinamismo, se manifiesta en la llamada *obligación de adoptar disposiciones de derecho interno* contenida en el artículo 2 de la Convención conforme con la cual, si los derechos y libertades no están ya garantizados<sup>3</sup>, el Estado

---

1. Este razonamiento descansa en una interpretación sistemática de los artículos 1, 2 y 29 de la Convención Americana.

2. Una extensa, amplia y constante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido la base de esta afirmación.

3. Entiéndase que no han existido garantías, o que las garantías existentes se han desactualizado por cualquier situación, de manera que el derecho o libertad ya no está debidamente garantizado. El deber de garantía es, sin duda, dinámico y permite que se avance permanentemente en esa finalidad de salvaguarda. Los derechos y libertades pueden estar garantizados, pero por ocasión de cambios económicos, sociales, políticos, científicos o tecnológicos, pueden resultar disminuidos en su nivel de garantía, o simplemente por ocasión de tales cambios su nivel de garantía se puede incrementar. Ese constante *test* sobre la garantía debe ser aplicada por el Estado, precisamente para tomar las acciones necesarias que per-

tiene que adoptar las medidas que sean necesarias para tal fin en cualquier ámbito de la actividad estatal y de la función pública. Es por virtud de esta proyección de la obligación de garantizar que surge el deber de legislar —para prevenir violaciones a los derechos, tanto por parte del Estado y sus agentes como por parte de cualquier actor no estatal (*Drittwirkung* o eficacia horizontal)—, pero también el deber de adoptar disposiciones de cualquier otra naturaleza, y esto implica que tanto la actuación de la administración pública como la de la función judicial es, y debe ser, manifestación concreta y efectiva de las garantías hacia los derechos y libertades.

A diferencia de la actuación de la administración pública y de la función legislativa, la actividad de la función judicial es un escenario para dirimir conflictos tanto entre particulares como entre estos y el Estado. Por otra parte, e independientemente del nivel de profesionalización de la burocracia estatal<sup>4</sup>, la actividad judicial es impartida por especialistas jurídicos, lo que como punto de partida es una característica que favorece la comprensión e interpretación jurídica, así como el reconocimiento de la funcionalidad y ductilidad del derecho —como sistema normativo— para la solución de las distintas controversias que suceden en la sociedad y son puestas en su conocimiento.

Desde hace unos nueve años la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió a una conducta estatal que puede cumplir un rol catalizador en el marco de la obligación de garantizar los derechos humanos, acuñando y oficializando la expresión «control

---

mitan expandir y mantener actualizadas las garantías que operan a favor de los derechos y libertades.

4. Si bien es un anhelo que la burocracia estatal sea profesional, y que el ingreso a ella y su movilidad se fundamente en el mérito y la capacidad, El Salvador, por regla general, carece de una adecuada realización práctica de los principios constitucionales sobre la materia. Reciente jurisprudencia constitucional ha insistido en la imperatividad jurídica de dichos principios, pero prevalece aún tanto un marco legal como prácticas institucionales que privilegian el ingreso y la movilidad señalados sobre la base de otros criterios, prevaleciendo en muchas ocasiones criterios partidarios que incrementan, innecesaria e irreflexivamente, el gasto público.

de convencionalidad». Aunque desde una perspectiva académica algunos círculos —esencialmente en Washington y San José, y con el apoyo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos— ya reflexionaban previamente sobre la necesidad de la aplicación directa de los instrumentos internacionales en el ámbito del derecho interno, la Corte Interamericana tuvo la pertinencia y la asertiva visión estratégica de brindar carta de ciudadanía a este mecanismo de control. En el fondo, de lo que se trata, es de reconocer que los jueces —y la administración pública también— al momento de cumplir sus funciones debe analizar el marco jurídico nacional y contrastarlo con la Convención Americana, debido a que si entran en conflicto, la prevalencia debe tenerla la Convención Americana.

Al resolver el caso *Almonacid Arellano* la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el archifamoso párrafo 124, expresó puntualmente que: «[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».

Evidentemente, la expresión entrecomillada está inspirada en el argot propio del derecho público, que en un primer momento implicó el aseguramiento de la eficacia de las leyes por la vía de *le contrôle de légalité* y que, posteriormente, dio lugar a un mejoramiento cualitativo del decimonónico estado *legal* de derecho, con la incorporación del concepto *die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit* por medio del cual, junto con otras reflexiones doctrinarias sobre las constituciones (*inter alia* valor normativo, supremacía, jurisdicción constitucional) sentó los cimientos del estado *constitucional* de derecho. Haciendo el parangón con las expresiones reseñadas, el *control de convencionalidad* busca claramente un paradigma nuevo en el estado de derecho, poniendo de manifiesto una visión que es «desde y para» la realidad latinoamericana, y que también debería dar oportunidad a una nueva doctrina del estado de derecho, pero esta vez visto «desde el sur». El sistema interamericano tiene en esto una misión muy clara a favor de los derechos humanos.

Sobre este último punto aún pueden hacerse distintas acotaciones. En lo que atañe a la dimensión geopolítica de su cobertura, usualmente se refiere a un *sistema interamericano de derechos humanos*, pero analizadas las cosas desde el aquí y el ahora, aún le falta ser *sistema* y aún le falta ser *interamericano*. Más exactamente se le describe bien diciendo que es un conjunto normativo e institucional a favor de los derechos humanos en la región latinoamericana, aunque posee una pretensión misional mucho mayor. Sin embargo, la ausencia del norte angloparlante y del caribe angloparlante, ambos por razones diferentes, y la denuncia de la Convención Americana por parte de algunos Estados, así como la amenaza de hacerlo por parte de otros, dados sus *desencuentros* con algunas de las decisiones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y otros aspectos como la falta de herramientas —así sean sólo políticas— que coadyuven a la eficacia de las decisiones de dichos órganos, son elementos que no deben ser pasados por alto.

Pese a estas últimas consideraciones, me interesa enfatizar que el control de convencionalidad *es algo más que una técnica normativa o de ordenación y prevalencia del sistema de fuentes al interior de los Estados del sistema interamericano*; es principalmente y antes que todo, una oportunidad para lograr un nuevo paradigma de legitimidad del Estado. Aunque desde la teoría política ya hay una reflexión bastante depurada sobre la legitimidad democrática del Estado, las implicaciones del control de convencionalidad permiten un enfoque complementario.

La vigencia y realización de los derechos humanos como resultado de la actividad estatal por medio de sus obligaciones de respetar y garantizar, permite no solo la construcción de políticas públicas que respondan al enfoque de derechos —*human rights based approach*, como se le ha llamado en la jerga de Naciones Unidas— y también la transformación progresiva de la calidad de la vida humana, o en otras palabras, permite que la sociedad evolucione, crezca y se enriquezca, mediante la eliminación de toda forma de discriminación y de exclusión. Significa alcanzar ese momento

en el cual la sociedad, toda, tenga la evidencia y la demostración de que el Estado sí es necesario, útil e importante, en lugar de ser percibido como una entelequia que se motiva y actúa utilizando un doble o múltiple rasero<sup>5</sup>.

A partir de la reflexión anterior considero de la más amplia utilidad hacer un recorrido por el desarrollo reciente que ha tenido la interacción entre el derecho internacional y el doméstico en El Salvador, desde la perspectiva del control de convencionalidad. Este desarrollo será estudiado a partir de los pronunciamientos realizados por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el ejercicio de sus competencias para realizar el control concentrado de constitucionalidad, precisamente porque en tal jurisprudencia se encuentran los más intensos ejercicios de interpretación constitucional. Ahí emergerán las posibilidades y los desafíos para que el control de convencionalidad pueda implementarse con todas sus características y con todo su potencial.

Sin embargo, para cerrar estos prolegómenos, me interesa primordialmente destacar que al referir al control de convencionalidad existen dos posibles alcances: el primero, *stricto sensu*, se refiere únicamente a la Convención Americana como norma de contraste o parámetro de control; el segundo, *lato sensu*, que ve más allá de la Convención Americana, se abre a la totalidad de los tratados de derechos humanos vigentes para un Estado, porque la interacción entre ellos es una sinergia aún no siempre explorada, y el contraste de esa sinergia con las normas domésticas es aún mucho más estratégica para ampliar las garantías que se debe para proteger y realizar los derechos humanos.

---

5. La expresión «para mis amigos todo; para mis enemigos la ley», atribuida al exgobernante peruano Oscar Benavides, recoge ese doble o múltiple rasero con el que en términos generales ha dirigido sus acciones el Estado en América Latina.

## 2. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO DOMÉSTICO: UNA INTERACCIÓN MUY PECULIAR

Como punto de partida se debe reconocer que la Constitución salvadoreña hace un tratamiento cuando menos incompleto sobre el derecho internacional, precisamente porque lo reduce a los tratados y su interacción con el derecho doméstico. Si bien se abre a reconocer la existencia de diferentes fuentes del derecho internacional, principalmente para regular sus límites territoriales e insulares, recogiendo aportaciones pioneras que contribuyeron a consolidar el actual estado de desarrollo del derecho del mar —como el concepto de bahía histórica con caracteres de mar cerrado, utilizado para describir al Golfo de Fonseca, que fue acuñado por primera vez en la jurisprudencia de la Corte de Justicia Centroamericana, en la sentencia del 9 de marzo de 1917—, pero al mismo tiempo conteniendo regulaciones respecto de la jurisdicción y soberanía sobre el mar que no son consecuentes con ese mismo estado de desarrollo. En fin, es un abordaje que presenta poca razonabilidad.

Muy probablemente en quienes redactaron la Constitución existía un «entendimiento» sobre el derecho internacional realizado desde lo nacional. Siendo El Salvador un país con tradición de derecho escrito, regido en el ámbito público bajo el principio *consuetudo secundum legem*, e influenciado por un sistema normativo que se ordena jerárquicamente en función del órgano emisor, probablemente se pensó que el derecho internacional operaba de igual manera, sin reflexionar que en su dominio las cosas funcionan de manera muy diferente. Por ejemplo, en El Salvador, algunos académicos y tomadores de decisión han llegado a afirmar que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se encarga de hacer la enumeración de las fuente del derecho internacional, sin advertir que en su desempeño la Corte Internacional de Justicia no se ha limitado a la observancia de esas fuentes, y que en su devenir jurisprudencial ha puesto en evidencia el empleo de muchas otras fuentes jurídicas no reconocidas en el citado artículo.

Como explicaba el *Chichele Professor of Public International Law*, Ian Brownlie, ese mismo artículo no refiere, en sí mismo, a «fuentes» y si se mira con atención, no puede ser considerado tampoco como una rígida enumeración de las mismas<sup>6</sup>. Este eximio maestro de Oxford se preguntó en su día si el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en realidad establecía una jerarquía de fuentes, sin poder alcanzar una respuesta afirmativa, en el entendido de que es imprudente pensar en términos de jerarquía respecto de una ordenación realizada meramente por criterios alfabéticos<sup>7</sup>, siendo además que un tratado contrario a una costumbre o a una norma del *jus cogens* sería nulo o anulable<sup>8</sup>, lo cual no se desprende directamente del referido artículo.

La norma constitucional que define de manera principal la interacción entre el derecho internacional y el derecho doméstico está en el artículo 144, con el siguiente texto:

Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

De cara al control de convencionalidad el inciso segundo es primordial, y esta norma pudiera ser suficiente para asegurar su implementación plena, debido a que si la Convención Americana o los tratados de derechos humanos estuvieran en contradicción con alguna norma infraconstitucional, la Constitución ya ha dispuesto la prevalencia del tratado. Es muy claro y simple. Pero hay tres

---

6. Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 5<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, p. 3.

7. No se debe perder de vista que Brownlie está analizando el texto en inglés.

8. Brownlie, Ian, *op. cit.*, pp. 3-4.

elementos que se debe considerar. Primero, la interpretación que se ha dado a dicha norma, y la consecuente aplicación, no guarda sintonía con el principio *pro personæ* ni con la filosofía antropocéntrica subyacente en la Constitución. Segundo, la regla establecida es incompleta, pues no resuelve el problema de la contradicción entre tratados o control de convencionalidad *lato sensu*. Y en tercer lugar, dicha regla ha sido interpretada y aplicada con severa ortodoxia cuando se trata de resolver una contradicción entre un tratado de derechos humanos y la misma Constitución.

La interpretación y aplicación del referido artículo 144 de la Constitución es un ejemplo de la resistencia actitudinal que ha existido frente a la acción del derecho internacional. Desde su vigencia, que acontece el 20 de diciembre de 1983 y hasta la finalización del conflicto armado interno, la Sala de lo Constitucional no había interpretado los alcances de tal artículo. Pero en 1994 se inició un nuevo capítulo. A mediados de ese año el Concejo Municipal de San Salvador, motivado por el ánimo de reducir diferentes protestas sociales, emitió una ordenanza —una norma general que rige solo en el territorio de un municipio— mediante la cual prohibía la realización de marchas y manifestaciones en las calles, avenidas y aceras de la ciudad, excepto los sábados por la tarde, los domingos y los días feriados. Dicha normativa, que no era una ley formal, fue sometida al control de constitucionalidad, y en la sentencia respectiva la Sala de lo Constitucional utilizó normas convencionales de derechos humanos para declarar la inconstitucionalidad de dicha ordenanza, afirmando que<sup>9</sup>:

Los tratados internacionales vigentes en el país, con supremacía respecto a las leyes secundarias, entre ellas, el Código Municipal, reconocen la libertad de reunión y manifestación pública y establecen que este derecho «solo podrá estar sujeto a limitaciones

---

9. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 4-94*, 13 de junio de 1995, considerando jurídico II.3.

o restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de los demás».

Sin duda, el precedente fue muy positivo e importante. Dejaba en claro dos cosas: los tratados —sin distinción— tienen supremacía respecto a la normativa infraconstitucional y, adicionalmente, permiten una lectura integral de los derechos establecidos en la Constitución<sup>10</sup>. En ese momento la temática de los derechos humanos crecía considerablemente como resultado del proceso de paz, y dicha sentencia puso sobre el debate jurídico la importancia del derecho internacional de los derechos humanos. En rigor de verdad el texto de la sentencia no hace ninguna referencia expresa al citado artículo 144, pero no cabe duda que su argumentación está sustentada en él.

No terminaba de afianzarse el precedente jurisprudencial citado, cuando la misma Sala de lo Constitucional dio un paso hacia atrás, degradando el alcance del derecho internacional. Fue en 1996 cuando, por iniciativa del gobierno salvadoreño, se aprobó la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, dispuesta con la finalidad de disminuir ciertas garantías procesales y penales bajo el argumento de que las reformas de esta naturaleza eran necesarias para incrementar la eficiencia en la persecución del delito. En esa oportunidad, y con la intención de

---

10. Quizás este punto no se aprecie adecuadamente por quien no está familiarizado con la Constitución de El Salvador. Para efectos de claridad debo señalar que el texto constitucional, en materia del derecho de reunión, lo reconoce de manera ilimitada («Los habitantes de El Salvador tienen derecho... a reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito»). Pero las disposiciones contenidas en el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, claramente señalan la sujeción de tal derecho a las limitaciones o restricciones establecidas mediante ley formal. Esta interacción entre la Constitución y los tratados en materia de derechos humanos abrió un interesante marco de entendimiento que, como se dijo, carecía de antecedentes.

apuntalar y desarrollar los alcances interpretativos del precedente recién citado, muchos demandantes —dentro de los que me inscribo—, acudimos a la invocación directa y advertimos que incumplir las obligaciones de un tratado de derechos humanos implicaba *per se* una violación a la Constitución. Sin embargo, en su oportunidad, la Sala de lo Constitucional, afirmó<sup>11</sup>:

[La] normativa contenida en tratados internacionales no puede constituir por sí parámetro de la decisión en el proceso de inconstitucionalidad, en el cual el exclusivo basamento jurídico debe ser el derecho constitucional salvadoreño, único determinante del significado y contenido de los principios o instituciones a las que se hace referencia en esta sentencia.

Lo anterior no significa que no pueda acudirse —como ya se ha hecho en reiterada jurisprudencia de esta Sala— a los tratados como referencia técnica para la mejor comprensión o ilustración sobre el contenido o alcance actual de una disposición constitucional, sobre todo en los casos que los mismos puedan entenderse como desarrollo de ésta; o aún que esta Sala —como reiteradamente lo ha hecho en los procesos de habeas corpus—, recurra a los tratados como instrumentos de integración o complementación de las normas legales secundarias; y sobre todo, que en caso de conflicto entre el tratado y la ley secundaria, debe preferirse —en el caso concreto— el primero.

En virtud de lo expuesto en este Considerando, y ya que las normas contenidas en los tratados no son normas idóneas para constituir parámetro de decisión en el proceso de inconstitucionalidad, esta Sala está inhibida de examinar aquellos motivos de inconstitucionalidad expuestos por los demandantes, cuando la argumentación se basa en la contradicción entre la norma legal y la norma internacional; y sólo en el caso que se haya expuesto

---

11. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 15-96 et alli*, 14 de febrero de 1997, considerando jurídico VII.7.

que, además del enfrentamiento con el tratado, existe una colisión directa con la Constitución, es posible pasar al examen de fondo; o, en todo caso, este tribunal encargado del control constitucional no analizará —en esta clase de proceso— los aducidos conflictos entre las normas legales impugnadas y las normas internacionales que los demandantes refieren.

Se concluye, pues, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni la Convención sobre los Derechos del Niño, son parámetros de constitucionalidad, y el posible enfrentamiento entre disposiciones contenidas en la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado y normas consagradas en tales instrumentos internacionales, deberán solucionarse —en cada caso concreto— atendiendo a los criterios hermenéuticos establecidos en el art. 144 de la Constitución, esto es, la preferencia de la norma de origen internacional sobre la norma secundaria cuando exista colisión entre ambas.

Este planteamiento de la Sala de lo Constitucional tiene una apariencia de mucha pureza a favor de la Constitución, pero en realidad esconde tras ella una desconstitucionalización de la protección de los derechos humanos. Movidio por un kelsenianismo de primera etapa —Kelsen, en las reelaboraciones de su Teoría Pura del Derecho, reposicionó a la norma fundamental como perteneciente al dominio del derecho internacional— es claro que en esta jurisprudencia la noción de Constitución es estrictamente formal, desprovista de contenido, olvidando que en el estado constitucional de derecho no se trata solo de una obediencia irreflexiva hacia los textos constitucionales, pues los textos constitucionales deben poseer varios contenidos inexorables. Adicionalmente, esta jurisprudencia propugna por un divorcio entre lo internacional y lo doméstico, lo cual no es otra cosa que una inaceptable reedición del dualismo, una actitud hacia el derecho internacional que ningún académico que se precie de tal puede sostener en la actualidad.

En el dualismo tradicional, el derecho internacional y el derecho nacional o doméstico corren por caminos paralelos sin tener puntos de contacto, partiendo del supuesto de que los ámbitos de actuación de ellos son igualmente paralelos y, por resultado de tal paralelismo, los tribunales domésticos no tienen dentro de su competencia la necesidad de dirimir controversias que surjan como resultado de la interpretación o aplicación del derecho internacional. Al mencionar que el precedente bajo estudio conformó una reedición del dualismo, lo que afirmo es que siendo inevitable la coincidencia de contenidos entre la Constitución y los tratados de derechos humanos —lo que impide acudir a la versión más ortodoxa y ancestral del dualismo— la única manera de generar el paralelismo característico descansa en discriminar entre una fuente y la otra, y señalar que en una jurisdicción se conoce solo de una fuente, y en otra jurisdicción la otra, *i.e.*, en la jurisdicción constitucional solo la Constitución —en sentido formal— forma parte del parámetro de control de constitucionalidad, y en la jurisdicción ordinaria los tratados de derechos humanos pueden ser utilizados como parámetro de *control de legalidad*.

La Sala de lo Constitucional no puede negar que los tratados de derechos humanos poseen una mejor formulación normativa que la propia Constitución, pero además de confinar su interpretación y aplicación como un asunto de la jurisdicción ordinaria, degrada la fuerza normativa de tales tratados al señalar que en el ámbito competencial de la jurisdicción constitucional, ellos no son más que referencias técnicas a las que puede acudir, expresión con la que subraya que su utilización, incluso como referencia técnica, es discrecional.

Si el precedente bajo análisis se estudia desde la perspectiva del control de convencionalidad, y si igualmente se asume una actitud *optimista* en el tema, dicha sentencia de la Sala de lo Constitucional puede considerarse pionera. Era febrero de 1997 cuando se instauró que, de acuerdo con el artículo 144 de la Constitución, es la jurisdicción ordinaria la que debe solucionar las contradicciones entre los tratados y el resto del ordenamiento jurídico nacional de

naturaleza legal e infralegal, contradicción que se debe resolver siempre a favor del tratado. Dichas las cosas de otra manera, la Sala de lo Constitucional, en 1997, abrió el control de convencionalidad *como un mecanismo de control de legalidad*. El problema es que la Sala de lo Constitucional no se apropió de la interacción que producen normativamente los tratados de derechos humanos y la Constitución, y el control de convencionalidad no fue concebido como un control de constitucionalidad<sup>12</sup>. En otras palabras, con esta jurisprudencia el control de convencionalidad equivaldría al control que la judicatura ordinaria puede realizar cuando, para resolver un caso concreto, se contrasta un acto administrativo con una ley. Es algo importante, pero el ideal es que fuera algo relevante.

Para mejor aclaración, conviene mencionar que la Constitución de El Salvador incluye una disposición que configura contemporáneamente con el control concentrado de constitucionalidad con efectos *erga omnes*<sup>13</sup>, el control difuso de la misma con efectos exclusivamente sobre el *cas d'espèce*<sup>14</sup>. Este último mecanismo, si

---

12. En el marco de esta discusión tuve la oportunidad de participar con diferentes asociaciones de madres y familiares de desaparecidos y desaparecidas, y de víctimas de otras graves violaciones a los derechos humanos durante el conflicto armado interno, mediante un proceso de inconstitucionalidad contra la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, planteándose en la pretensión la existencia de un bloque de constitucionalidad que le permitiera a la Sala de lo Constitucional tener otros elementos para fundamentar su resolución. En la sentencia la Sala de lo Constitucional indicó que los tratados internacionales no son parámetro de control, pues no forman un bloque de constitucionalidad. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 24-97 y 21-98*, 26 de septiembre de 2000, considerando jurídico V.6.B.

13. El artículo 183 dispone:

La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano.

14. El artículo 185 dispone:

Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar

bien posee larga data en la vida constitucional, carecía de referentes de aplicación práctica, al menos de trascendencia para el tema bajo análisis.

Sin embargo, debido al proceso de fortalecimiento de capacidades institucionales que se generó, gracias al trabajo de la Escuela de Capacitación Judicial en los primeros años posteriores al conflicto armado interno, y al surgimiento de la entonces llamada «Ley del Menor Infractor», un grupo de jueces y juezas venía consolidando la importancia del empoderamiento de la labor judicial como controlador difuso de la constitucionalidad. La oportunidad para demostrar tal empoderamiento se presentó cuando en 2003, en un contexto electoral, el gobierno de la época impulsó un plan de seguridad pública llamado «Plan Mano Dura» que, entre otras acciones, suponía la aprobación de la Ley Antimaras, mediante la cual se buscaba *inter alia* equiparar el tratamiento penal de niños, niñas y adolescentes con el régimen de adultos, así como la reducción de otras garantías penales y procesales. Los jueces y las juezas que tenían a su cargo la jurisdicción penal aplicable a niños y niñas, inéditamente, hicieron uso de sus atribuciones de control difuso sobre la Ley Antimaras y, contemporáneamente, diferentes grupos ciudadanos y la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos de aquella época, presentaron sendas demandas de inconstitucionalidad.

En la sentencia dictada a una semana antes de que la Ley Antimaras perdiera su vigencia, la Sala de lo Constitucional manifestó<sup>15</sup>:

[La] proposición de tratados internacionales sobre derechos humanos en la pretensión de inconstitucionalidad, bien puede efectuarse a título de violación a la Constitución, y no al tratado considerado aisladamente; en ese sentido, investidos por la Ley Suprema de

---

la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contrarios a los preceptos constitucionales.

15. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 52-03 et alli*, 1 de abril de 2004, considerando jurídico V.3.

mayor fuerza pasiva con respecto a la ley secundaria, los tratados no pueden ser modificados o derogados por leyes secundarias. La trasgresión constitucional se entiende por acción refleja, cometida en relación con el art. 144 inc. 2° Cn., ante la contradicción entre la ley secundaria y un tratado internacional de derechos humanos.... En definitiva, el art. 144 inc. 2° Cn., conectado con la concepción personalista del Estado —art. 1 y Preámbulo—, de la cual se deriva la regla hermenéutica en favor de la dignidad: restringir lo limitativo y expandir lo favorable a ella, no sólo determina la fuerza vinculante y jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que, además, permite proponer una apertura normativa hacia ellos.

Tal consideración, por tanto, solamente es aplicable a instrumentos internacionales que contengan principios normativos de análoga o mayor cobertura a la establecida en la llamada parte dogmática de la Constitución, y que hagan posible el establecimiento de fructíferas directrices para una más expansiva y más humana interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Es decir, el art. 144 inc. 2° Cn., cobra virtualidad cuando una disposición infraconstitucional se encuentre en oposición normativa con el DIDH.

Y es que, los derechos fundamentales no sólo constituyen esferas de autonomía subjetiva inherentes a la calidad de persona, sino que, en cuanto concreciones de la dignidad humana y garantía de un status jurídico o libertad de un ámbito de existencia, son, al propio tiempo, elementos esenciales de un ordenamiento jurídico objetivo —marco de la convivencia humana—; por tanto, la consolidación constitucional de los derechos fundamentales de la persona, también incide en la estructuración del ordenamiento jurídico, con una clara intención expansiva e integradora para vigorizar la protección efectiva de la dignidad humana.

Por tanto, debe reconsiderarse el status interno del DIDH, a partir del prisma dignidad humana, pues con ello se preconiza una apertura a la protección efectiva de ésta. De este modo, la integración normativa entre el Derecho Constitucional y el DIDH —por la vía

del art. 144 inc. 2º Cn.— es jurídicamente viabilizada por la coincidencia de sus objetivos.

Es decir, corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona. Por tanto, si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelvan nugatoria la efectividad de las primeras. Con ello se contribuye a la reevaluación de la amplia interacción entre el DIDH y el derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados a la dignidad humana. En definitiva, la identidad común entre el DIDH y el Derecho Constitucional, es el trazo que más distingue al primero, en relación con el resto de la normativa internacional.

En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el DIDH, en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el Derecho Constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional sobre derechos humanos.

No se puede negar que, comparada con la sentencia últimamente citada, hay un cambio muy positivo. Quizás lo más destacable es que abandona la reedición del dualismo construida con anterioridad, al reconocer, ahora sí, que la Sala de lo Constitucional tiene competencia para resolver las colisiones o controversias entre una norma de rango legal o infralegal y un tratado de derechos humanos, por medio de una acción refleja. Lo que la Sala de lo Constitucional señala es que el artículo 144 de la Constitución, al indicar que las leyes no podrán derogar o modificar lo establecido por un tratado, crea un mandato para el operador del orden jurídico, en el sentido que garantice la prevalencia, en la aplicación, del último frente a las primeras si entre ellas existiere contradicción, *pero al mismo*

*tiempo, tal disposición prescribe un mandato al legislador* en el sentido de que se abstenga de emitir normas legales que se opongan a lo prescrito o normado, en cualquier tiempo, por un tratado vigente para El Salvador, y al tratarse de un mandato al legislador, su incumplimiento es de relevancia e incumbencia de la jurisdicción constitucional.

De esta manera, la Sala de lo Constitucional da paso a una nueva conceptualización de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, esencialmente el constitucional, relación que ahora es calificada como de compatibilidad y no de jerarquía. Lo más relevante es que de esta manera favoreció la evolución conceptual del control de convencionalidad, haciéndolo transitar de un control de legalidad hacia un control de constitucionalidad.

Pero el avance debe analizarse con criticidad para evitar la consolidación de confusiones o interpretaciones erróneas. La Sala de lo Constitucional, si bien alude a una apertura normativa del derecho constitucional frente al derecho internacional de los derechos humanos, no lo hace mediante una *integración normativa*, sino mediante la afirmación de que los «principios normativos» provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, que sean análogos o incluso de mayor amplitud a lo prescrito en la Constitución, son «fructíferas directrices» para la interpretación de la Constitución. Insiste la Sala de lo Constitucional nuevamente —aunque esta vez con un discurso renovado—, en que el rol del derecho internacional es el de ser una directriz para la interpretación de la Constitución. En los siete años de jurisprudencia transcurridos entre los dos últimos precedentes, el derecho internacional de los derechos humanos pasó de ser una referencia técnica a una fructífera directriz. Decía Lampedusa que *si queremos que nada cambie, necesitamos que todo cambie*. Esa actitud, que ha dado lugar al llamado *gatopardismo*, describe bien lo realizado por la Sala de lo Constitucional.

Como era de esperar, a la vuelta de un par de años la historia demostró que no había cambiado mucho. En el contexto

electoral del año 2006, y tras el fracaso de la Ley Antimaras, se implementó otro programa de populismo punitivo denominado en esta ocasión «Plan Súper Mano Dura» que, entre otros aspectos, implicaba reformas a las más importantes leyes represivas. En particular al Código Penal, al Código Procesal Penal, a la Ley Penitenciaria, a la Ley del Menor Infractor, y a otras normativas similares. Tomando en cuenta la *apertura* generada por la Sala de lo Constitucional, la transformación o evolución cualitativa del control de convencionalidad, y el antecedente de utilización de la potestad del control difuso de constitucionalidad, más jueces y juezas ejercieron control difuso sobre tales nuevas reformas. Sin embargo, mientras que con la Ley Antimaras la reacción fue de un grupo de jueces del mismo ámbito de jurisdicción, en este caso se trataba de diferentes jueces de diferentes ámbitos de jurisdicción penal, quienes generaron una notable dispersión en los criterios de interpretación constitucional.

Esto motivó una reforma a la vetusta Ley de Procedimientos Constitucionales, y se generó una obligación para los jueces que decidieran ejercer el control difuso de constitucionalidad, consistente en comunicar oficialmente a la Sala de lo Constitucional el control difuso realizado, para que esta lo convirtiera en un caso de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*. El efecto práctico que produjo fue un *détente* transitorio en la realización del control difuso de la constitucionalidad. Es importante traer a cuenta que en septiembre de 2006 un juez mercantil declaró inaplicable una norma del Código de Trabajo que permitía que los embargos promovidos por entidades financieras afectaran el salario de manera ilimitada, no obstante que la Constitución expresamente dispone que la ley determinará una cuantía del salario que será inembargable. En esa oportunidad, además de la disposición constitucional, el juez invocó la acción refleja porque, considerando que la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales era un tratado, estimó que se violentaba su artículo 10 cuyo contenido *obliga* a que la ley establezca una cuantía inembargable del salario.

En la decisión de la Sala de lo Constitucional se indicó que la acción refleja, que permite que el control de convencionalidad

sea concebido como un control de constitucionalidad, *sólo puede ejercerse frente a tratados internacionales en su sentido técnico*<sup>16</sup>, descartando que pueda extenderse hacia declaraciones, excepto frente a aquellas que sí conllevan auténticas obligaciones jurídicas para los Estados porque son concurrentes con otras fuentes del derecho internacional, incluido el *ius cogens*, o, como en el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyas obligaciones alcanzan a los Estados parte en la Convención Americana a partir de la interpretación conforme con su artículo 29.d)<sup>17</sup>. Vistas las cosas a la luz de este precedente, hay un nuevo progreso en los alcances de la posibilidad de implementar plenamente el control de convencionalidad, ampliándolo a otras fuentes, incluso con matices que bien pueden ser clasificados como heterodoxos.

Sin embargo, la misma integración de la Sala de lo Constitucional se encargó de desvirtuar la bondad de la herramienta que estaba construyendo.

En el contexto de la implementación del sistema de preferencias arancelarias denominado SGP+, aplicado por la zona económica europea, se estableció un conjunto de criterios objetivos para que un Estado gozara de dichas preferencias, que incluían, entre otras,

---

16. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 26-2006*, 12 de marzo de 2007, considerando jurídico VI.1.B.

17. *Id.*, VI.2.A.c. (iii). Mientras la acción refleja que convierte en un asunto de relevancia constitucional la contravención entre una ley o disposición infralegal y un tratado, es el artículo 144 de la Constitución, en el caso de las declaraciones la base de la acción refleja es el artículo 83, que declara al Estado como soberano, y así la sentencia deja abierta la puerta para que otras declaraciones puedan tener efectos obligatorios, y la acción refleja se construiría porque el artículo 83 de la Constitución, al declarar que el Estado es soberano, le reconoce personalidad jurídica y lo habilita a integrar organizaciones internacionales, de donde emanan las declaraciones. Aunque esto es cierto, el enfoque debería ampliarse porque hay declaraciones que pueden generar obligaciones a los Estados que no se emiten necesariamente desde organizaciones internacionales. Adicionalmente, con este argumento, cabe también la acción refleja para determinados casos —que deberán ser identificados jurisprudencialmente en un futuro— que descansen en actos unilaterales de Estado.

la vigencia de determinados convenios de la Organización Internacional del Trabajo en materia sindical, particularmente el Convenio 87, respecto del cual El Salvador había negado sistemáticamente su voluntad para obligarse por él.

La negativa salvadoreña se fundamentaba en una actitud política ante el sindicalismo, y que encontraba sustento en una peculiar manera de interpretar la Constitución, la que en su momento reconocía de manera expresa el derecho de sindicalización a los trabajadores y trabajadoras del sector privado y de las instituciones oficiales autónomas, lo que implicaba —según una expandida interpretación con la que yo nunca estuve de acuerdo— que los trabajadores y las trabajadoras del sector público no tenían tal derecho. Vale señalar que la Constitución no prohibía el derecho de sindicalización a tales trabajadores, solo el de huelga.

Con esa interpretación se imponía —según la conclusión a la que llegaban quienes prohijaban tal criterio— una reforma constitucional como requisito para que el Estado salvadoreño pudiera expresar su voluntad de obligarse por tal Convenio. Desde el punto de vista práctico, el no cumplimiento de los requisitos antes de una fecha cierta implicaría que algunas inversiones europeas, esencialmente españolas, perdieran los beneficios de comercio exterior con los que habían gozado, y probablemente su traslado a otro país.

El gobierno de la época impulsó la ratificación de tales tratados pero, al mismo tiempo, también favoreció el inicio del proceso de reforma constitucional. Los tratados, una vez vigentes para El Salvador, fueron impugnados ante la Sala de lo Constitucional, quien, en contravía de sus progresos, indicó que<sup>18</sup>:

[La] expresión «sin ninguna distinción» utilizada por el Art. 2 del Convenio 87, como fórmula expansiva del derecho a la libertad sindical, es contraria a la Constitución, puesto que la Ley Funda-

---

18. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 63-2007/69-2007*, 16 de octubre de 2007, considerando jurídico V.2.

mental sí distingue entre los titulares de tal derecho, al reconocerlo expresamente en forma particularizada y limitada a ciertas categorías subjetivas, dentro de las cuales no se encuentran los empleados públicos.

Más allá del efecto en materia laboral —que posteriormente se solucionó con una reforma constitucional— el precedente que se cita lanza una línea de la más dura ortodoxia en cuanto a la interpretación, al no reconocer que un tratado de derechos humanos pueda disponer más allá de los –supuestos– límites constitucionales. No obstante, luego de ese contrapunto jurisprudencial, la Sala de lo Constitucional volvió al precedente de la Ley Antimaras; para entonces corría el año 2008 y el caso que permitió este retorno trataba de varias organizaciones sindicales que demandaban la inconstitucionalidad de la diferentes disposiciones de la legislación que transformó el régimen de pensiones, haciéndolo transitar de un modelo de reparto por un modelo de capitalización individual, y en las demandas se planteaban violaciones a determinadas normas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>19</sup>. Era claro que la Sala de lo Constitucional abrió un paréntesis para establecer y dejar fijo su estándar en el sentido de que ante una contradicción entre un tratado de derechos humanos y la Constitución, prevalecerá esta última. Estoy convencido de que la Sala de lo Constitucional está inmersa en un error de interpretación, pero me referiré a ello más adelante.

Cuando la Sala de lo Constitucional instauró el precedente de la Ley Antimaras, insistió en que las disposiciones de los tratados de derechos humanos no podían integrar *per se* un parámetro de control de constitucionalidad. Sin embargo, no satisfecha con esa

---

19. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 31-2004 et alli*, 6 de junio de 2008, considerando jurídico VI.

postura, la Sala de lo Constitucional, más recientemente, ha establecido que si se activa la jurisdicción constitucional invocando el incumplimiento por parte del legislador del mandato establecido en el artículo 144 de la Constitución —bajo el argumento de la acción refleja, obviamente— y el contenido específico del tratado que se invoca se puede extraer directamente también del texto constitucional, la jurisdicción constitucional solo debe resolver el motivo en el que se invoca directamente la Constitución y sobreseer la pretensión basada en la acción refleja<sup>20</sup>. Con esto, no solo ha afianzado que los tratados internacionales de derechos humanos no puedan ser parámetro de control de constitucionalidad, sino que, además, hace de la pretensión basada en la acción refleja un argumento supletorio.

A partir de ahí, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional se ha limitado a incorporar en sus sentencias normas de diferentes tratados de derechos humanos, así como extractos de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>21</sup>, pero sin ejercer auténticamente un control de convencionalidad.

---

20. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 21-2011*, 3 de diciembre de 2014, considerando jurídico II.1.C.

21. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 61-2009*, 29 de julio de 2010, en materia de derechos políticos. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 41-2005*, 11 de enero de 2013, en materia de libertad de expresión. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 8-2014*, 28 de febrero de 2014, en materia de derechos políticos. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 33-2012*, 24 de octubre de 2014, en materia del derecho a la salud. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 59-2014*, 17 de noviembre de 2014, en materia de derechos políticos. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 42-2012 et alli*, 23 de diciembre de 2014, en materia del derecho a la seguridad social. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 86-2010*, 23 de enero de 2015, sobre el alcance de la libertad de organización sindical. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 30-2011*, 6 de febrero de 2015, sobre el principio de prohibición de penas por incumplimiento de obligaciones patrimoniales.

### 3. ¿EXISTEN POSIBILIDADES PARA DESPLEGAR EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha abierto puertas para el desarrollo del control de convencionalidad. Sin proponérselo, dio paso inicialmente a que dicho control pudiera surgir como un mero control de legalidad; posteriormente, sentó las condiciones para que se le pudiera desplegar dentro del control concentrado o difuso de la constitucionalidad, no porque se viole alguna de las reglas jurídicas y normas de los tratados de derechos humanos (doctrina del *bloc de constitutionnalité*) sino porque se ha violentado, por parte del emisor de la norma doméstica, el deber establecido en el artículo 144 de la Constitución conforme con el cual la producción normativa no puede ejercerse para contradecir lo dispuesto en un tratado vigente para El Salvador (doctrina de la acción refleja). Aunque en este documento se ha hecho referencia a los tratados de derechos humanos, este mecanismo de la acción refleja también se puede aplicar a cualquier tratado sin importar su contenido.

---

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 21-2012*, 13 de febrero de 2015, sobre el principio *non bis in idem* en el ámbito del derecho administrativo sancionador. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 82-2011*, 23 de febrero de 2015, sobre el derecho a ser asistido por un abogado como integrante del derecho de defensa. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 1-2014*, 27 de febrero de 2015, en materia de derecho de los niños en el ámbito de la persecución penal. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 72-2011*, 27 de febrero de 2015, en materia del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 148-2012*, 20 de abril de 2015, sobre el alcance del derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo. Sentencia de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 7-2006 et alli*, 29 de mayo de 2015, en materia de la interacción y compatibilidad que debe alcanzarse en materia de derechos humanos y libre comercio internacional.

Sin embargo, aunque hay condiciones jurídicas para su implementación, el control de convencionalidad para poder ser implementado con todas sus características y todo su potencial, necesita superar dos desafíos, a saber: el reconocimiento del bloque de constitucionalidad, y la asimilación plena del principio *pro personæ*. Ambos desafíos requieren de una solución: generar un nuevo paradigma en la interpretación jurídica de la Constitución, que hasta el momento no se ha propuesto.

En buena medida el problema de la falta de reconocimiento del bloque de constitucionalidad pasa por el mal abordaje jurídico del derecho internacional dentro de la Constitución. De las tres grandes escuelas doctrinarias que han generado paradigmas en cuanto a la interacción del derecho internacional y el derecho doméstico —dualismo, monismo con preeminencia del derecho doméstico y monismo con preeminencia del derecho internacional— la Constitución salvadoreña, aparentemente —a diferencia del dualismo— integra el derecho internacional y el derecho doméstico, formando un solo cuerpo normativo —de ahí la expresión *monismo*— y corresponde tomar una decisión sobre cuál prevalecerá en caso de contradicción; por tanto, se trata de definir una relación de jerarquía, aunque por una deferencia diplomática se aconseje utilizar el eufemismo de complementariedad. Hace 22 años mi padre escribía que no hay peor lastre para el progreso que el escamoteo de la realidad, y aunque siempre reconocí que llevaba razón, hoy me vuelvo a sorprender de su enorme asertividad.

El artículo 149 de la Constitución permite que el control constitucional, tanto concentrado como difuso, se ejerza sobre los tratados<sup>22</sup>. Como ya se ha expresado, el artículo 144 de la Constitución

---

22. El artículo 149 de la Constitución reza:

La facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales, se ejercerá por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia.

La declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general, y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por esta Constitución para las leyes, decretos y reglamentos.

coloca a los tratados en posición de prevalencia respecto de las leyes y el resto del ordenamiento infralegal, cuando estas colisionan con aquellos, pero el artículo 149 de la Constitución coloca a esta por encima de los tratados. En otros términos, hay una porción del derecho doméstico que prevalece respecto del derecho internacional. Es así como este artículo 149 acredita la adscripción de El Salvador al monismo con prevalencia del derecho doméstico.

Pero, independientemente de lo anterior, la pregunta es muy simple: ¿son todos los tratados iguales en términos de su naturaleza jurídica? En caso de tener una respuesta afirmativa, entonces surge la siguiente pregunta: ¿es posible reconocer para alguno de esos tratados diferentes otro régimen distinto de interacción con el derecho doméstico?

La primera pregunta ha ido siendo contestada con la misma evolución del derecho internacional. Un tratado supone un proceso de negociación en el que los Estados pactan ciertas obligaciones y derechos que, de alguna manera, se entiende que reportan beneficios recíprocos o colectivos. Sin embargo, tratándose de derechos humanos, la obligación central de los tratados concernidos se dirige unilateralmente hacia la persona humana, propiciando su protección y la defensa de su dignidad. En este tipo de tratados un Estado no pacta con otro la observancia de esa obligación porque ello le generará un eventual beneficio. Se obliga a esa protección por un asunto de reconocimiento de un imperativo axiológico respecto del cual el Estado es meramente instrumental. Las obligaciones asumidas en estos últimos tratados son unidireccionales, esto es, desde el Estado hacia las personas sujetas a su jurisdicción, sin que los otros Estados asuman una obligación específica de proteger los derechos de las personas, a cambio de la observancia que de ella hagan el resto de Estados parte.

Es claro que en los tratados de derechos humanos las obligaciones ahí contenidas no implican la recepción de beneficios para el Estado por parte del resto de Estados parte. No existe un intercambio recíproco de beneficios o prerrogativas; es simplemente un compromiso de cada Estado con las personas sujetas a su jurisdic-

ción, que se hace frente a los ojos de la comunidad internacional. Y todos los Estados, por lo demás, asumen el mismo compromiso. Se trata, claramente, de la construcción de un especial *ordre public* internacional, es decir, de un estado de cosas cuya importancia y propósito trasciende de la voluntad individual de los Estados.

Lo mencionado ya es suficiente en sí para reconocer que los tratados de derechos humanos son un tipo especial de tratados. Pero hay otras características que convergen en la misma conclusión. A lo expuesto hay que considerar que el *ordre public* expone sus consecuencias sobre el régimen de las reservas que son aplicables. Las reservas son una extensión del *jus dispositivum* que describe en términos generales al derecho internacional público, y tienen el efecto que los Estados determinan en sus relaciones recíprocas, a través de una compleja trama de aceptación y objeción de las mismas, de manera que una reserva planteada por un Estado sobre un tratado puede existir y no existir al mismo tiempo, a condición de que sea aceptada por uno y objetada por otro Estado parte en el mismo tratado<sup>23</sup>. Incluso si un Estado expresa su voluntad en obligarse por un tratado y en dicho acto formula una reserva, requiere que su reserva sea aceptada por al menos uno de los otros Estados parte en el tratado para que logre estar obligado de manera efectiva, entendiéndose que si pasados 12 meses de su formulación no hay una objeción, se debe entender que hay una aceptación tácita a la misma.

---

23. Pastor Ridruejo, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 7ª edición, Editorial Tecnos, p. 111. En Derecho Internacional se considera que el régimen de reservas que propugna la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es un régimen liberal, principalmente porque anteriormente se estimaba que la producción de efectos jurídicos de una reserva exigía la aceptación unánime de la misma —principio de integridad del tratado— con lo cual la entrada en vigencia de un tratado se condicionaba o a la no existencia de reservas, o a la aceptación unánime de la misma, mientras que el régimen de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados permite la entrada en vigencia del tratado matizadamente —principio de universalidad del tratado— según sea la aceptación o rechazo que se haga del mismo por los restantes Estados.

Pues bien, en diferentes tratados es posible eludir ese intrincado y largo proceso de aceptaciones y objeciones, y justamente en los tratados de derechos humanos, si un Estado formula una reserva que no sea contraria al objeto y fin del tratado, el Estado se convierte en parte del tratado y sus reservas no se someten a la aceptación u objeción de los otros Estados. Precisamente la influencia del *jus dispositivum* está bastante reducida en los tratados de derechos humanos, como resultado de la impronta del *ordre public* que instituye<sup>24</sup>. Por otra parte, esto no significa que los Estados son libres de establecer reservas a los tratados de derechos humanos. Lo que significa es que la vinculación del Estado hacia tales tratados no está condicionada a la aceptación u objeción de dichas reservas por parte de los otros Estados. Justamente el *ordre public* que generan e inspiran se manifiesta en esta circunstancia.

Pero existe otro elemento que acredita la especialidad de los tratados de derechos humanos: su interpretación. Si se dirige la atención hacia el análisis de esta temática se encontrará que la interpretación de los tratados de derechos humanos parte de la interpretación que se realiza a cualquier otro tratado, aunque posee una regla especial prevalente, lo cual también está en función del sentido de construcción del *ordre public*. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados posee normas para poder realizar una adecuada interpretación de las disposiciones de un tratado; tales normas implican reglas primarias que disciplinan

---

24. Complementariamente ver: International Court of Justice. *Advisory Opinion on the Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 28 de mayo 1951, pp. 1-2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75)*, 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 2, párr. 22. Human Rights Committee. *Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocol thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant*, General Comment No. 24, 11 noviembre 1994, párr. 1.

la interpretación —artículo 31— y reglas complementarias a dicho proceso —artículo 32— que perfeccionan ese proceso intelectual<sup>25</sup>.

Sin embargo, adicionalmente a los elementos mencionados, la jurisprudencia internacional ha determinado que en el proceso de interpretación de los tratados —cualquier tratado— debe buscarse soluciones provistas de efectividad (*effet utile*)<sup>26</sup>. De hecho, la interpretación de los tratados tendiendo al *effet utile* ha sido instaurada jurisprudencialmente desde muy antiguo<sup>27</sup>. No obstante, la interpretación de los tratados de derechos humanos presentan aún una particularidad que se encuentra fundamentada en la especial diferencia que poseen respecto de los tratados del tipo tradicional, y que se manifiesta en la utilización de otras normas especiales que los mismos tratados contienen.

En efecto, si con un conjunto de normas, ordenadas jerárquicamente —como puede suceder al intentar ordenar el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno de los derechos humanos— se pretende defender los derechos humanos en su máximo nivel, rápidamente aparecerán inevitables contradic-

---

25. El Salvador no es Estado Parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; sin embargo, debido a que esta recoge, en su enorme mayoría, la tradición y la práctica internacional, sus normas se han convertido en costumbre internacional.

26. International Court of Justice. *Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya / Chad)*, 3 de febrero 1994, párr. 51 *in fine*. La sentencia dispone: "... one of the fundamental principles of interpretation of treaties, consistently upheld by international jurisprudence, namely that of effectiveness." Traducción del autor: "... uno de los principios fundamentales de la interpretación de los tratados, consistentemente sostenido por la jurisprudencia internacional, es el de la efectividad".

27. International Court of Justice. *The Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v People's Republic of Albania)*, 9 de abril 1949, p. 24. En particular señala: "It would indeed be incompatible with the generally accepted rules of interpretation to admit that a provision ... should be devoid of purport or effect." Traducción del autor: "De hecho sería incompatible con las normas de interpretación generalmente aceptadas, admitir que una disposición... debe ser desprovista de producir efectos". Esta sentencia fue la inaugural de la Corte Internacional de Justicia, presidida en ese momento por el versado e ilustre jurista salvadoreño José Gustavo Guerrero.

ciones normativas. En tal escenario, la única manera de encontrar congruencia con la finalidad de protección es que al momento de tales contradicciones el criterio de solución de las mismas no sea un valor de jerarquía *per se*, sino un valor de protección a la persona humana, es decir, que se prefiera la norma que ofrece mayor protección. Ese es el criterio que inspira al derecho internacional de los derechos humanos, y no un criterio de jerarquías o protagonismos normativos. El derecho internacional de los derechos humanos no es una *prima donna* jurídica.

No cabe duda de que este punto da origen al denominado principio *pro personæ*, un criterio hermenéutico en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos o libertades e, inversamente, a la norma o a la interpretación más reducida cuando se trata de establecer limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria<sup>28</sup>.

En tal sentido, se observa que el derecho internacional de los derechos humanos tiene un carácter abierto: instrumentalmente se abre hacia el mismo derecho internacional, sin consideración de jerarquía entre sus propias fuentes, y contemporáneamente se abre hacia el derecho interno, igualmente sin consideración de jerarquías internormativas; lo único que pretende es la máxima protección de los derechos humanos. Si existe una ley interna de mayor protección que la que ofrece un tratado de derechos humanos, debe aplicarse la ley interna; si existe un tratado de derechos humanos que ofrece mayor protección que la ley interna, debe aplicarse el tratado; y entre dos fuentes de derecho internacional de derechos humanos con diferentes alcances en la protección de los derechos humanos

---

28. Pinto, Mónica. «El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos». En Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores). *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Editores del Puerto, pp. 163-171. Algunos ejemplos son el artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 29.b y 29.d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

—o dos fuentes de derecho interno en la misma condición— debe preferirse la que ofrezca mayor protección.

Establecido lo anterior es necesario señalar, en un sentido conclusivo, que la distinción con la que se ha venido trabajando entre derecho internacional de los derechos humanos y —por oposición— derecho interno de los derechos humanos, carece ya de sentido; y al mismo tiempo el planteamiento de que el derecho internacional de los derechos humanos se encuentra *vis à vis* el derecho interno de los derechos humanos, deja de ser una realidad. Conceptualmente, ambas categorías se funden dando origen al derecho de los derechos humanos.

Esto supone que los tratados de derechos humanos, al no regirse por un criterio de jerarquía, pero si uno de protección, axiológicamente no pueden entrar en contraste con la Constitución. Si se activa un conflicto jurídico de acuerdo con el artículo 149 de la Constitución, cuando un tratado regular contradice algún principio o norma constitucional, el tratado luego de emitida la sentencia que lo declare inconstitucional, puede ser denunciado por el Estado, o al menos, si la sentencia de la Sala de lo Constitucional es una sentencia interpretativa, comunicar al depositario del tratado la nueva interpretación o los límites de la interpretación que el Estado le seguirá dando a las cláusulas respectivas. También en eso consiste la buena fe que inspira al principio *pacta sunt servanda*.

Pero cuando el tratado es de derechos humanos, ¿es posible aplicar la misma regla del artículo 149? Mi respuesta es tajante: no. La contradicción entre la Constitución y un tratado de derechos humanos solo puede plantearse si la Constitución niega expresamente un derecho o establece una discriminación o una restricción no válida, y un tratado vigente para el país dispone lo contrario. Esto implica que tal conflicto solo podría tener un sentido: el tratado amplifica el alcance de la Constitución.

La Sala de lo Constitucional sí ve en esto un problema relacionado con la forma constitucional. En concreto y conforme con su criterio, un tratado al no ser un acto normativo derivado de la Asamblea Constituyente, plasmado en el decreto de aprobación

constitucional, será normativamente cualquier cosa menos una norma constitucional. Y cierra de esta manera la posibilidad de la existencia de un bloque de constitucionalidad<sup>29</sup>, no obstante que reconoce en su jurisprudencia que el concepto de Constitución es tanto formal —Constitución es todo el texto que la Asamblea Constituyente sancionó y promulgó como Constitución— como material de la Constitución, donde se incluye un contenido que trasciende al texto constitucional<sup>30</sup>. Incluso, la Sala de lo Constitucional de alguna manera ha sugerido su existencia por medio de referencias doctrinarias<sup>31</sup>, reconociendo que puede ser establecido jurisprudencialmente<sup>32</sup>. Sobre tal punto se concluye entonces que la no existencia de un bloque de constitucionalidad no es un problema técnico o normativo, es simplemente un asunto actitudinal, una postura predeterminada a impedir la existencia de dicho bloque.

Pero aunque el bloque de constitucionalidad no existiera, bastaría con desplegar al máximo la axiología del antropocentrismo para que se solventara el problema identificado. La mejor concretización de dicho antropocentrismo es el principio *pro personæ*. Aunque tradicional y vagamente se le refiere como un principio hermenéutico, el *pro personæ* es algo más. En realidad es un principio fundamental

---

29. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 24-97/21-98*, 26 de septiembre de 2006, considerando jurídico V.3. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 30-96 et alli*, 15 de marzo de 2002, considerando jurídico II.2.C. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 52-2003*, 1 de abril de 2004, considerando jurídico V.3. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 31-2004*, 6 de junio de 2008, considerando jurídico VI.

30. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 24-97/21-98*, 26 de septiembre de 2006, considerando jurídico V.4.

31. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 1-92*, 19 de julio de 1996, considerando jurídico III.1.

32. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *sentencia de inconstitucionalidad 24-97/21-98*, 26 de septiembre de 2006, considerando jurídico V.1.

que inspira todo el proceso jurídico; es decir, la interpretación y la aplicación normativa. Se trata de un principio que instituye una doble preferencia, una interpretativa y una normativa.

La preferencia interpretativa genera una actitud en el intérprete para que prefiera los alcances interpretativos que maximicen los derechos y para que prefiera los alcances interpretativos que minimicen las restricciones a los mismos. Sin embargo, como preferencia normativa genera también una actitud en el aplicador de las normas, para que prefiera las normas que maximizan los derechos y para que prefiera las normas que establecen las menores restricciones. De esta manera, el principio *pro personæ* rompe la fría lógica de las jerarquías normativas y la sustituye por una lógica de protección. La utilización de principios fundamentales para generar actitudes en los intérpretes y aplicadores no es algo nuevo. Principios como el de *lex posterior derogat lex priori*, *lex specialis derogat lex generalis*, y *lex superiori derogat lex inferiori* no han requerido para su existencia su consagración en alguna norma concreta, y más bien son el producto de la razonabilidad práctica subyacente en el fenómeno jurídico<sup>33</sup>.

La versión limitada o acotada que existe en El Salvador sobre el control de convencionalidad, solo puede ser superada si se asume al principio *pro personæ* como un elemento ineludible de la filosofía antropocéntrica de la Constitución y, por tanto, como una actitud que debe orientar a todas las funciones del Estado, incluyendo, como es obvio, la función judicial. Este principio no anula la supremacía constitucional. Sin embargo, permite corregir una distorsión que se ha dado por olvidar las relaciones de medio a fin que operan entre el ordenamiento jurídico y la sociedad. En otras palabras, la supremacía constitucional no es una finalidad en sí misma, es una herramienta para una finalidad superior que la misma Constitución reconoce, como es la protección de la dignidad humana mediante el respeto y la garantía de los derechos humanos.

---

33. *Id.*, V.6.

En otros términos, el control de convencionalidad, en el actual estado de desarrollo jurídico de El Salvador, está condicionado a la asimilación del principio *pro personæ*, con todas sus implicaciones, por la Sala de lo Constitucional, cuya jurisprudencia juega un importante efecto estimulante en la discusión y reflexión jurídica. Pero en eso descansa el principal desafío que hay que enfrentar.

## V

### LOS DESAFÍOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN NICARAGUA

---

*Gonzalo Carrión Maradiaga y Wendy Flores Acevedo*

#### OBJETIVO

Conocer los avances, obstáculos y desafíos que plantea el ejercicio de control de constitucionalidad y convencionalidad como caras de una misma moneda, lo que implica, bajo el prisma del principio *iura novit curia*, que se debe conocer y aplicar el derecho nacional e internacional en los casos en que se determinen la vigencia y efectividad de los derechos humanos.

#### 1. INTRODUCCIÓN SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El derecho internacional de derechos humanos, en particular el interamericano, evoluciona significativamente de forma tal que los Estados adquieren obligaciones a través de los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos; esto implica un conjunto de responsabilidades respecto de sus habitantes, ciudadanos y ciudadanas, a favor de los cuales se someten a estudio y análisis casos promovidos en primer orden ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y, posteriormente, cuando procede, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) por violación o incumplimiento de los derechos establecidos en dichos tratados.

La anterior premisa parte de la obligación del Estado firmante de cumplir un tratado que ha suscrito y ratificado de conformidad

con el tratado mismo y también con las reglas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que, en su art. 26, establece el principio de *Pacta sunt servanda*. «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe», y el art. 27 del mismo instrumento jurídico refiere sobre «El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46».

En tal sentido, quedan protegidas las personas o grupos de personas que sientan que los derechos establecidos en dicho tratado han sido violentados por el Estado firmante, demandando en el caso de las normas jurídicas (tratados, convenciones) de derechos humanos, lo que refiere no solo a la declaración de una violación a dichos derechos sino que también a la reparación de los daños y garantías de no repetición.

Es así como el control de convencionalidad resulta ser pertinente para verificar el respeto de tales derechos, independientemente de las normas legales internas, de forma tal que es considerado por el Dr. Sergio García Ramírez como «una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional (o supranacional). Constituye un dato relevante para la construcción y consolidación de ese sistema y ese orden, que en definitiva se traducen en el mejor imperio del Estado de derecho, la vigencia de los derechos y la armonización del ordenamiento regional interamericano...». Y continúa diciendo dicho autor que este control «... entraña la aplicación del orden supranacional, nacionalmente aceptado y colectivamente formulado, en lo que toca a definiciones de derechos y libertades, asignación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden...»<sup>1</sup>.

---

1. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. «El control judicial interno de convencionalidad». En *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V. N° 28, México, Julio-diciembre de 2011. Accesible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472011000200007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472011000200007&script=sci_arttext)

La jurisprudencia de la Corte IDH ha avanzado en este sentido, interpretando las disposiciones establecidas en las distintas normativas que forman parte del sistema interamericano de derechos humanos, pero además ha reflexionado sobre la obligación del Estado de cumplirlas y que el sistema judicial se convierta en un instrumento de interpretación y aplicación de dichas normas, dada la naturaleza de las mismas y las funciones establecidas por el órgano jurisdiccional, al conocer de diferentes casos y materias.

En el caso *Almonacid vs. Chile*, la Corte IDH dijo que

... es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero *cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos*. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana» (cursivas nuestras).

Asimismo, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte determinó que

[c]uando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual *les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin*,

por lo que 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, *evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes* y 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 (cursivas nuestras).

Adicionalmente, la Corte IDH cita como ejemplo que

... tribunales de la más alta jerarquía en la región, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de la Nación de México y la Corte Suprema de Panamá se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana.

## 2. INEXISTENTE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN NICARAGUA

Nicaragua no se menciona en la última cita, y no es extraño porque precisamente en este país no se ejerce el control de convencionalidad propiamente dicho y en lo sucesivo lo demostraremos. Como premisa del presente trabajo y acorde con el objetivo del mismo, una de las caras de la misma moneda no expresa el brillo del derecho y el principio *iura novit curia*, es apenas un ideal porque los jueces y juezas (individuales y colegiados) sabrán mucho de derecho pero no lo demuestran en el desarrollo del mismo; escasamente aplican, en los casos concretos que son de su conocimiento, referencias a

determinados instrumentos de derechos humanos, pero no con el sentido y alcance de un control de convencionalidad.

Entonces, si saben derecho: ¿Por qué no lo aplican? ¿Por temor? ¿Porque las partes litigantes no se lo piden? ¿Por la influencia antigua de la jerarquía de la Constitución, donde esta es primero y después la legislación ordinaria? o ¿Por el control y sujeción política que no les garantiza independencia? Consideramos que todas estas interrogantes gravitan en la administración de justicia que opera influenciada por el poder político que domina toda la estructura estatal en Nicaragua.

Además, observando las preguntas sugeridas, en Nicaragua no existen normas constitucionales, de justicia constitucional u otras normas secundarias que expresa o implícitamente establezcan el control de convencionalidad. Por el contrario y de acuerdo al ordenamiento jurídico constitucional, rígidamente aplicado, ningún funcionario tiene más facultades que las conferidas en la propia Constitución y las leyes. En nuestro ámbito local, las facultades son expresas, sin cabida al ejercicio de poderes o facultades implícitas, no es propio ni desarrollado en el país porque nuestros jueces y juezas se acomodan a ese estado limitado de administrar justicia (arts. 130, 182 y 183 Constitución Política de la República de Nicaragua Cn.)<sup>2</sup>.

Ahora bien, sí existen disposiciones constitucionales que expresamente señalan un listado de instrumentos internacionales de

---

2. Constitución Política de Nicaragua, art. 130: «Ningún cargo concede a quien lo ejerce más funciones que aquellas atribuidas por la Constitución y las leyes. Todo funcionario público actuará en estricto respeto a los principios de constitucionalidad y legalidad...».

Constitución Política de Nicaragua, art. 182: «La Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella.

No tendrán valor alguno las leyes, tratados, decretos, reglamentos, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones».

Constitución Política de Nicaragua, art. 183: «Ningún Poder del Estado, organismo de gobierno o funcionario tendrá otra autoridad, facultad o jurisdicción que las que le confiere la Constitución Política y las leyes de la República».

derechos humanos (arts. 46<sup>3</sup> y 71<sup>4</sup> Cn.) pero, en la práctica, no se aplican de manera sistemática como norma jurídica de aplicación directa ni mucho menos en ejercicio de control de convencionalidad. Lo anterior no niega la existencia de ejemplos de casos concretos en los que se invocan instrumentos pero, de ahí a que sostengamos que se ejerce control de convencionalidad, hay mucho camino que recorrer y obstáculos que superar. En consecuencia, somos de la opinión de que tenemos más desafíos para que en el futuro cercano se ejerza un efectivo control de convencionalidad en el ámbito interno y que nuestros jueces y juezas en todos los niveles (control difuso) desarrollen el derecho, en particular la interpretación y aplicación de la doctrina y jurisprudencia de los derechos humanos.

### 3. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL VALOR DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Según lo dispuesto en el art. 182 constitucional, «La Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, *tratados*, decretos, reglamentos, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones» (cursivas nuestras).

---

3. Constitución Política de Nicaragua, art. 46: «En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos».

4. Constitución Política de Nicaragua, art. 71 párrafo 2º: «La niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la Convención Internacional de los Derechos del niño y la niña».

Dicha disposición refleja el sentido y alcance de la supremacía de la Constitución<sup>5</sup> sobre cualquier ley o tratado internacional suscrito y ratificado por el Estado de Nicaragua, y por el orden en que están expuestos en el párrafo segundo del citado artículo, ubica a los tratados en un plano inferior; al menos no existe una práctica sistemática interna que diga lo contrario. No obstante, hay decisiones de la Corte Suprema que establecen una valoración de los instrumentos de derechos humanos, señalados en los arts. 46<sup>6</sup> y 71 párrafo 2<sup>o7</sup> de la Constitución, que aluden al reconocimiento de tales instrumentos a nivel de rango constitucional.

Al respecto, Byron Cárdenas<sup>8</sup> menciona la relativización de la cláusula de supremacía constitucional prevista en el artículo 182 constitucional que, según él, «... debe ser matizad[o] y leíd[o] en concordancia con los criterios jurisprudenciales de la Sala Constitucional de la CSJ, que ha interpretado que los tratados sobre derechos humanos mencionados en el artículo 46 constitucional, entre otros, la Convención Americana, están reconocidos bajo el mismo rango constitucional»<sup>9</sup>.

---

5. Título X Constitución Política de Nicaragua.

6. «En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos».

7. «La niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la Convención Internacional de los Derechos del niño y la niña».

8. Candidato a doctor en Derecho Público por la Universidad Autónoma de Barcelona y especialista en Derechos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid. Exbecario Rómulo Gallegos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ex oficial de Derechos Humanos ante la Misión de las Naciones Unidas en Sudan del Sur.

9. CÁRDENAS VELÁSQUEZ, Bayron G. «El control supra-constitucional de las leyes en Nicaragua. Una mirada desde la sentencia Yatama vs. Nicaragua». En *Revista de Derecho*. N° 18, 2015, pp. 68-69. Accesible en <http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/1992>

El autor continúa afirmando que «... los tratados, convenciones y las declaraciones sobre derechos humanos deben exceptuarse del régimen de jerarquía previsto en el 182; y la alusión a los tratados internacionales en tal disposición aplica a tratados de otra naturaleza. En ese escenario, se considera que en el supuesto de antinomias entre disposiciones de la CADH y la Constitución Política, por ejemplo, la excepción a la cláusula de jerarquía normativa es también aplicable si, por virtud del principio *pro homine*, la CADH termina imponiéndose sobre la Constitución, por brindar una mayor protección que la reconocida constitucionalmente» y que «... la cláusula de supremacía constitucional del 182 puede ser exceptuada cuando la exigencia del respeto y garantía de los derechos humanos impone un estándar de protección mayor que el reconocido domésticamente. Ante lo cual tendría plena cabida la aplicación preferente de cualquiera de los tratados reconocidos en el 46 constitucional, y los ratificados por Nicaragua pero excluidos de tal lista. En esos términos, cualquier judicial u autoridad interna estaría obligado a impedir una transgresión del estándar mínimo de protección previsto en un tratado, y de ser el caso, apoyarse en la jurisprudencia interamericana para aplicar la CADH de forma preferente. En caso contrario, el mecanismo subsidiario de protección regional se vería habilitado para conocer y resolver el supuesto de violación, tal y como ocurrió en el caso concreto de *Yatama vs. Nicaragua*»<sup>10</sup>.

La Ley de Amparo, Ley 49 y sus reformas de rango constitucional<sup>11</sup>, en su art. 1 refiere:

La presente Ley Constitucional, tiene como objeto el mantener y restablecer la supremacía constitucional según lo dispuesto en los artículos 130 párrafo primero, 182, 183, y 196 de la Constitución Política de la República de Nicaragua, regulando el Recurso por Inconstitucionalidad, el mecanismo de control de inconstitucio-

---

10. *Ídem*.

11. Publicada en *La Gaceta*, Diario Oficial N° 61 del 8 de abril de 2013.

nalidad en casos concretos, el Recurso de Amparo, el Recurso de Exhibición Personal, el Recurso de Habeas Data y la solución de los Conflictos de Competencia y Constitucionalidad entre los Poderes del Estado.

El art. 7 de la Ley de Amparo dispone que «Los Tribunales de Justicia *observarán siempre el principio de que la Constitución Política prevalece sobre cualquier Ley o Tratado Internacional...*» (cursivas nuestras).

Estas disposiciones de orden constitucional obligan a los operadores de justicia y a las partes en un proceso a considerar en primer orden la Constitución Política, con lo cual es poco frecuente, o prácticamente nula, la utilización de los instrumentos internacionales o la interpretación que sobre determinados derechos han realizado los órganos del sistema interamericano. Es pertinente observar que, aun cuando el presente trabajo versa sobre el Control de Convencionalidad, una de las caras de la misma moneda, la práctica es que, en la otra cara de la moneda —el control de constitucionalidad— previsto como control difuso<sup>12</sup> es escaso y se ejerce más por la Corte Suprema de Justicia<sup>13</sup>, confirmando una práctica y actitud tímida de los jueces y las juezas de primera instancia y de apelación, aun cuando están facultados expresamente para ejercer el control de constitucionalidad.

Así lo indica la Ley Orgánica del Poder Judicial Ley 260 que, en su art. 4, establece: **Supremacía constitucional** «La Constitución Política es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula

---

12. Ley de Amparo y sus reformas, art. 24:

«Cuando por sentencia firme, en los casos que no hubiere casación hubiese sido resuelto un asunto con declaración expresa de inconstitucionalidad de una norma, la autoridad judicial en su caso deberá remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia.

Si la Corte Suprema de Justicia en pleno ratifica la inconstitucionalidad de la norma, procederá a declarar su inaplicabilidad de acuerdo con la presente ley».

13. Instancia que conoce y resuelve el fondo de los recursos de Amparo, de *Habeas Data* e Inconstitucionalidad, así como los recursos de casación.

a quienes administran justicia, los que deben aplicar e interpretar las leyes, los tratados internacionales, reglamentos, demás disposiciones legales u otras fuentes del derecho según los preceptos y principios constitucionales». El art. 5 de dicha normativa establece el control constitucional en caso concreto refiriendo que, «Cuando en un caso sometido para su conocimiento, la Autoridad Judicial considere en su sentencia que una norma, de cuya validez depende el fallo es contraria a la Constitución Política, debe declarar su inaplicabilidad en el caso concreto...».

Esta disposición legal, incluso, faculta a jueces y juezas a declarar inaplicable instrumentos internacionales que consideren son contrarias a la Constitución Política, alejando aún más la posibilidad de armonizar el derecho internacional de derechos humanos con el derecho interno. Cabe señalar nuevamente que los jueces y las juezas no tienen la práctica de control de convencionalidad ni de constitucionalidad en casos concretos, ni siquiera de enunciar sistemáticamente los instrumentos internacionales de derechos humanos, por las explicaciones anotadas.

El análisis que nos lleva a realizar ahora, no es que los instrumentos internacionales contradigan la Constitución Política o se le opongan, sino lo que se interpreta sobre un mismo derecho y si los jueces y juezas toman en consideración el derecho convencional; aun cuando no esté establecido expresamente en una norma jurídica interna, toda vez que tienen obligación de conocer las normas internacionales suscritas y ratificadas por Nicaragua y aplicarlas en los casos concretos. Como ya expusimos, el problema es la ausencia de dicho control interno, a pesar de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya ejercido control externo de convencionalidad en *Yatama Vs. Nicaragua*. La jurisprudencia interamericana sobre la materia no ha logrado cultivar e influenciar para que nuestros jueces y juezas, que conocen derecho, ejerzan el control interno de convencionalidad.

Así lo observamos en el caso de *Yatama*, donde el Estado de Nicaragua alegó que «e) la resolución que el Consejo Supremo Electoral emitió el 15 de agosto de 2000 es de contenido y materia

estrictamente electoral», y contra tal decisión «no cabe recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario» (arts. 173 de la Constitución Política, 1 de la Ley Electoral e inciso 5 del artículo 51 de la Ley de Amparo). La Corte Suprema de Justicia de Nicaragua ha sostenido que contra las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no procede recurso alguno<sup>14</sup>; es de esta forma que el Estado de Nicaragua antepone la legislación interna a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Al respecto, la Corte IDH, dentro de las medidas de reparación establecidas en la sentencia, requirió la «Adopción de medidas legislativas para establecer un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo contra las decisiones del Consejo Supremo Electoral»; en tal sentido, requiere al Estado de Nicaragua «... que adopte, dentro de un plazo razonable, las medidas legislativas necesarias para establecer un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita controlar las decisiones del Consejo Supremo Electoral que afecten derechos humanos, tales como los derechos políticos, con observancia de las garantías legales y convencionales respectivas, y *derogue las normas que impidan la interposición de ese recurso*»<sup>15</sup> (cursivas nuestras).

Como se puede observar, de forma implícita, la Corte IDH, al ejercer el control de convencionalidad, ordena reformar la Constitución Política y la Ley Electoral (de rango constitucional) que impiden los recursos efectivos contra las resoluciones del CSE en materia electoral; sin embargo, el Estado de Nicaragua ha incumplido la sentencia y el menosprecio a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos es tal, que las recientes reformas a la Constitución Política de febrero de 2014<sup>16</sup> no hacen ningún cambio como se ordenó en la Sentencia del caso Yatama.

---

14. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de Junio de 2005, párr. 144.

15. *Ibíd.*, párr. 254.

16. Constitución Política de Nicaragua, art. 173 *in fine*: «De las resoluciones del Consejo Supremo en materia electoral no habrá recurso alguno, ordinario ni extraordinario».

Contradictoriamente, y utilizando un doble estándar sobre el valor y alcance del derecho internacional y las sentencias provenientes de los órganos competentes para dirimir litigios entre Estados o entre Estados y ciudadanos, el Estado de Nicaragua, en la misma reforma a la Constitución precitada, respecto de los nuevos límites del Estado de Nicaragua refiere en su art. 10:

El territorio nacional es el comprendido entre el Mar Caribe y el Océano Pacífico y las Repúblicas de Honduras y Costa Rica. De conformidad con las sentencias de la Corte Internacional de Justicia del ocho de octubre del año dos mil siete y del diecinueve de noviembre del año dos mil doce, Nicaragua limita en el Mar Caribe con Honduras, Jamaica, Panamá y Costa Rica...

Y continúa diciendo en el segundo párrafo del referido artículo que la soberanía y la jurisdicción y derechos de Nicaragua se extienden a las islas, así como a las aguas interiores, mar territorial, entre otros «... de conformidad con la ley y las normas de Derecho Internacional y las sentencias emitidas por la Corte Internacional de Justicia...».

#### 4. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL, EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA JURISPRUDENCIA EN NICARAGUA

En Nicaragua, cuando un derecho constitucional se encuentra amenazado de ser violado o vulnerado por un funcionario o funcionaria del Estado, se puede interponer recursos de amparo de conformidad con el art. 45 de la Constitución, que indica: «Las personas cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo, pueden interponer el recurso de exhibición personal, de amparo, o de habeas data, según el caso y de acuerdo con la ley de Justicia Constitucional», última que se encuentra en proceso de formación de ley.

Los referidos recursos se encuentran regulados en la misma Constitución Política y en la Ley de Amparo (Ley de Justicia Cons-

tucional), que tiene rango constitucional de conformidad con el art. 184; de igual forma, se establecen recursos y mecanismos de control constitucional como el recurso de Habeas Data, Conflicto de Competencia y Constitucionalidad entre los poderes del Estado, control de constitucionalidad en el caso concreto y conflictos de constitucionalidad entre el Gobierno Central y gobiernos municipales o regionales de la Costa Caribe.

Como mencionamos, en Nicaragua, además de la protección a los derechos constitucionales, se establece el reconocimiento expreso de los derechos establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, según se definen en el art. 46:

En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

Lo anterior implica la obligación de las autoridades de considerar lo establecido en dichos instrumentos; pero, además, en sentencias de la Corte se ha interpretado que tales derechos se encuentran constitucionalizados por el simple hecho de estar indicados en la misma Constitución; sin embargo, la obligación del Estado va más allá respecto de otros instrumentos internacionales que no están señalados en esa disposición constitucional y que de igual forma deben ser respetados.

En la práctica, los casos que han sido resueltos por las autoridades judiciales y particularmente aquellos que han sido emblemáticos o del dominio público, solo han mencionado las disposiciones establecidas en los instrumentos internacionales sin hacer

un análisis profundo o considerar los estándares internacionales que han creado los órganos del sistema interamericano respecto de determinados derechos establecidos en dichos instrumentos.

Es importante señalar también que el sistema judicial en Nicaragua es muy débil y sus autoridades se encuentran sometidas al poder político en el Gobierno, de forma tal que en determinadas circunstancias, pueden dejar sin efectos tratados internacionales que, según su criterio, se oponen a la Constitución, como ocurrió con el tratado regional de Tegucigalpa, donde la CSJ declaró inconstitucional una disposición de dicho tratado, tal y como lo veremos a continuación.

*a) Caso Conflicto de Competencias  
entre Poderes del Estado 2005*

Sobre la base de lo dispuesto en la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia procedió a declarar la inconstitucionalidad de disposiciones internacionales suscritas y ratificadas por el Estado de Nicaragua, apelando a la supremacía constitucional, situación que se evidenció en el caso de Conflicto de Competencia entre Poderes del Estado promovido por el entonces Presidente de la República Enrique Bolaños vs. Asamblea Nacional<sup>17</sup>.

En dicho caso, el presidente Bolaños interpuso una demanda por conflicto de competencias ante la Corte Centroamericana de Justicia de conformidad con lo establecido en el art. 22 literal f del Estatuto de la Corte Centroamericana, que establece: «La competencia de la Corte será: f) Conocer y resolver a solicitud del agraviado de conflictos de competencia que puedan surgir entre los Poderes u órganos Fundamentales de los Estados, y cuando de hecho no se respeten los fallos judiciales».

La Corte Centroamericana de Justicia, por sentencia de las cinco de la tarde del 29 de marzo del año 2005, declaró con lugar

---

17. El Parlamento no está de acuerdo con la intervención de la OEA. El Ejecutivo y el Legislativo se muestran incapaces de resolver la crisis de Nicaragua. Accesible en <http://www.eldiarioexterior.com/el-ejecutivo-y-el-legislativo-5401.htm>

la demanda entablada por el Poder Ejecutivo del Estado de Nicaragua en contra del Poder Legislativo, la Asamblea Nacional, por estar debidamente fundadas las pretensiones deducidas en este proceso, por lo que declararon la violación al derecho público y el Estado de derecho en Nicaragua:

[...] al ejecutar la Asamblea Nacional actos consistentes en haber aprobado en segunda legislatura la denominada Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua, que afecta y debilita la independencia del Poder Ejecutivo, al otorgar facultades de ratificación al órgano Legislativo, de los nombramientos de Ministros y Viceministros de Estado de la Presidencia de la República, Jefes de Misiones y Diplomáticas y Presidentes o Directores de Entes Autónomos y gubernamentales... y al haber dado trámite a la resolución del Consejo Superior de la Contraloría General de la República de las nueve y treinta minutos de la mañana del siete de octubre del año dos mil cuatro... CUARTO: Que siendo estos actos violatorios de lo establecido en el Derecho Público analizado, en los Tratados y Convenios Internacionales y en los correspondientes a la Integración de Centroamérica, que gozan de primacía y aplicación inmediata son jurídicamente inaplicables y su ejecución hace incurrir en responsabilidad. QUINTO: La presente resolución... deberá ejecutarse como si se tratara de cumplir una sentencia pronunciada por un Tribunal nacional del Estado de Nicaragua<sup>18</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, en abierta contradicción a lo establecido en los tratados internacionales, por sentencia de las doce meridiano del 29 de marzo de 2005, declaró la inconstitucionalidad de dicha disposición arguyendo: «... es imprescindible para esta CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, dado el caso

---

18. Corte Centroamericana de Justicia. Sentencia del 29 de marzo de 2005. [http://enriquebolanos.org/docs\\_varios\\_pdf/Sentencia%20de%20la%20corte%20centroamericana%20de%20Justicia.pdf](http://enriquebolanos.org/docs_varios_pdf/Sentencia%20de%20la%20corte%20centroamericana%20de%20Justicia.pdf)

planteado, examinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicha norma para conocer el fondo del Recurso Innominado presentado».

Y continúa diciendo la sentencia:

[...] nuestro Sistema de Justicia Constitucional, no está al margen de los grandes sistemas, sino que comparte muchas de sus instituciones, siendo por ello un Sistema Mixto, tratándose de manera similar la Inconstitucionalidad en el caso Concreto y la Cuestión de Inconstitucionalidad... en el presente caso estamos ante un Recurso Innominado que tiene como antecedentes del mismo, la demanda ante la Corte Centroamericana de Justicia, basado en el art. 22 literal f) del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia... por lo que este Supremo Tribunal no puede ser ajeno a lo estipulado en dicho cuerpo normativo, en razón de que nuestra Constitución Política establece en su art. 164 numeral 12) Cn. que son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia «12) Conocer y resolver los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los Poderes del Estado», existiendo entre ambas disposiciones una contradicción al atribuirle a un Órgano Internacional y a un Poder del Estado, las mismas facultades máxime cuando nuestra Constitución Política vigente en su Art. 182 Cn. Señala que la «Constitución Política es la carta fundamental de la República, las demás leyes, está subordinadas a ellas. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones»; *de cuya normativa se desprende el Principio de Supremacía Constitucional que prevalece en nuestro ordenamiento jurídico*, mismo que es reiterado en el Art. 5 de la Ley de Amparo vigente y que es concordante con la doctrina y que al respecto señala Eduardo García de Enterría, refiere sobre el valor normativo de la Constitución:

«La técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo SUPERIOR, INMUNE A LAS Leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación, con el sistema federal, del constitucio-

nalismo norteamericano, y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió (...) la vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción, y no sólo al Poder Legislativo como mandatos o instrucciones que a este sólo cumpliese desarrollar, ... y entre los poderes públicos, a todos los Jueces y Tribunal no sólo al Tribunal Constitucional» (Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas S.A., 3º Ed.. 1994, pág. 63)... *En consecuencia, este Supremo Tribunal, considera que conforme a los Principios de Seguridad Jurídica, Principio de Constitucionalidad y Jerarquía Normativa, debe declararse inconstitucional el Artículo 22 literal f) del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia*, en la parte pertinente que literalmente dice: «f) Conocer y resolver a solicitud del agraviado de conflictos de competencia que pueden surgir entre los Poderes u órganos Fundamentales de los Estados...», quedando vigente únicamente: «... cuando de hecho no se respeten los fallos judiciales»<sup>19</sup> (cursivas nuestras).

En este caso, la Corte Suprema de Nicaragua no solo resolvió el conflicto de competencias entre poderes del Estado, sino que declaró inconstitucional un tratado regional centroamericano, estableciendo la jerarquía normativa interna, prevaleciendo la Constitución Política sobre cualquier instrumento legal, en abierta violación a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esta sentencia constituye un precedente negativo del Estado de Nicaragua, ya que impuso el control de Constitucionalidad respecto del Estatuto de la Corte Centroamericana y, eventualmente, frente a cualquier compromiso internacional fijado en virtud de convenios, protocolos, convenciones, acuerdos bilaterales u otros, toda vez que el sistema judicial nicaragüense podría declarar inconstitucional

---

19. Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 15 del 29 de marzo del año 2005. Accesible en [http://www.enriquebolanos.org/historia\\_plc\\_files/CSJ%20Fallo%202005%2003%2029.pdf](http://www.enriquebolanos.org/historia_plc_files/CSJ%20Fallo%202005%2003%2029.pdf)

disposiciones internacionales cuando atentan contra los intereses de los detentadores del poder político y/o económico; pero, sobre todo, por la falta de independencia necesaria para reconocer la validez o supremacía del orden internacional.

Estas decisiones resultan contradictorias cuando Nicaragua demanda el respeto de las normas internacionales en casos donde tiene intereses o demandas internacionales, como en las acciones entabladas ante la Corte Internacional de Justicia en La Haya contra Costa Rica, respecto de la soberanía del Río San Juan y contra Colombia, respecto de las delimitaciones de la plataforma continental marítima<sup>20</sup>; litigios que son pública e internacionalmente conocidos. Así, observamos un doble estándar de la Corte Suprema de Justicia nicaragüense para con el derecho internacional.

*b) Caso de la reelección de Daniel Ortega en sentencia del año 2009*

La Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, en la sentencia 504 de 2009, declaró con lugar un recurso de amparo interpuesto por el señor Daniel Ortega, Presidente de la República de Nicaragua en ese entonces, y los alcaldes y vicealcaldes que tenían prohibición constitucional de reelección. En el recurso de amparo, los recurrentes afirmaron que existía una antinomia constitucional que debía ser resuelta por la Corte, que era el derecho a la igualdad ante la ley vs. la prohibición de reelección.

Al respecto, la Corte se declaró competente para resolver dicha antinomia; reiteró el valor de la supremacía constitucional y la analizó a la luz no solo de la carta magna, sino también de los tratados internacionales de derechos humanos que implicaría la restricción al derecho de elegir y ser elegido de manera directa, que daría como resultado la «muerte política para los recurrentes» «... violando también el Derecho al reconocimiento de la personalidad

---

20. Daniel Ortega pide a Colombia acatar fallo de la CIJ a «plenitud». Accesible en <http://www.laprensa.com.ni/2015/08/26/politica/1890990-daniel-ortega-pide-a-colombia-acatar-fallo-de-la-cij-a-plenitud>

y capacidad jurídica (art. 25 No. 3 Cn) y el reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana consignados en las Declaraciones Universales de Derechos Humanos, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), las cuales en sus disposiciones establecen como Principios esenciales del ser humano respectivamente: **Principio de Igualdad** (Preámbulo; arts. 1, 2 7; Preámbulo; art. II; y arts. 1, 23, 24); **Principio de Libertad** (Preámbulo; arts. 1 y 29 (Preámbulo; art. IV; y art. 2, 7); **Derecho al Sufragio: Elegir y ser Elegido** (art. 21; arts. XX, XXXII, XXXIV; y art. 23); **Derecho a la Personalidad** (art. 6; art. XVII; art. 3). Cabe destacar que todos estos principios fundamentales esenciales en el ser humano son irrenunciables y los Estados partes como nosotros no los podemos restringir tal y como dicen de manera expresa el artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los artículos 1 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Para finalizar, consideramos pertinente traer a la vista lo establecido de manera categórica y lapidaria sobre la Soberanía por la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 21: «**1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos...**». En la Resolución Administrativa dictada... aquí recurrida, se transgrede los ya referidos Principios Constitucionales de los Ciudadanos Nicaragüenses...».

En este caso, la Corte hizo mención a los derechos humanos establecidos en el sistema interamericano de derechos humanos, pero no hizo alusión a los estándares de derechos humanos que se han creado para tales derechos. Por otro lado, el sometimiento del Poder Judicial a los intereses del Gobierno provoca que la Corte Suprema de Justicia quede expuesta públicamente en lo que hace a resolver un recurso de amparo con celeridad y en «apego» a los derechos humanos supuestamente afectados por los recurrentes. Cabe señalar que el Recurso de Amparo declarado con lugar por la CSJ a favor de Daniel Ortega Saavedra, fue interpuesto sin haber ningún tiempo ni acto propio del CSE que le estuviera negando

candidatura a los recurrentes, porque simplemente no era período de elecciones.

Esta decisión resulta contradictoria frente una serie de recursos que han sido desestimados por ser materia electoral, como en el caso Yatama, que provocó la conocida sentencia condenatoria de la Corte IDH, la cancelación de diputación del señor Agustín Jarquín Anaya, a quien le negaron el recurso de amparo en 2014, las negativas de no inscripción como diputada de Ana Margarita Gurdián, y la falta de protección en materia de amparo frente a la cancelación de personería jurídica del Movimiento Renovador Sandinista, MRS; todos ellos presentados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que son la demostración del doble estándar en materia de derechos humanos y la resistencia a cumplir con la sentencia del caso Yatama.

Los derechos humanos invocados por la CSJ de manera impropcedente a favor de Ortega son, precisamente, los que niega en los otros casos enunciados en este último párrafo; esto evidencia la absoluta falta de independencia del poder judicial y de cómo la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos es sometida a un pernicioso doble rasero que opera en contrario al sentido y alcance de un verdadero control de convencionalidad y respeto a los derechos humanos, y a las decisiones de los órganos internacionales de la materia.

*c) El valor de los tratados analizados en sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema en 2010*

Aunque hemos venido refiriendo la ausencia de un control de convencionalidad, es importante referir que, en materia penal y cuando se alude a derechos de personas sometidas a privación de libertad, la Corte considera los derechos humanos y los compromisos internacionales suscritos por el Estado de Nicaragua.

De forma tal que en la sentencia 28, del 8 de marzo de 2010, la Sala Penal refirió que «los derechos y garantías del debido proceso adquieren compromisos internacionales suscritos por Nicaragua a través de los tratados e instrumentos internacionales en materia de

Derechos humanos integrados en el artículo 46 y 71 segundo párrafo Cn., en donde se reconoce la plena vigencia de los instrumentos internacionales y su contenido, a saber: la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño. *Estas disposiciones (artículos 46 y 71 segundo párrafo, Cn), según la jurisprudencia constitucional (Sentencia 57 y 78 del 2010) otorga a estos instrumentos internacionales rango y reconocimiento constitucional, los integra con carácter de normas constitucionales, por tanto en el ámbito de la jerarquía normativa comparten el carácter de Supremacía que la Constitución Política tiene frente a las normas ordinarias del ordenamiento jurídico»<sup>21</sup> (cursivas nuestras).*

En ese mismo análisis, la Corte refiere que: «La voluntad del Estado de Nicaragua de haber integrado estos principios y normas de Derecho Internacional en materia de Derechos humanos y del debido proceso, en la Constitución Política, demuestra su voluntad inequívoca de considerar a la persona como eje o valor fundamental de su Estado Democrático y Social de Derecho y, como consecuencia de lo anterior, tiene la finalidad de promover la tutela efectiva y real de los Derechos humanos y los Derechos fundamentales de la persona, para que el Estado, los Poderes del Estado y todas sus instituciones, sin perjuicio de su nivel y naturaleza, los observen, apliquen, cumplan y respeten en el ámbito de sus respectivas actividades, sea esta de administración de justicia, administración pública, electoral o de la administración de las regiones autónomas de la Costa Atlántica del país. En estos instrumentos internacionales en

---

21. Sentencia No. 28, Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Penal. Tribunal de Casación. Managua, ocho de marzo del año dos mil diez. Las nueve y treinta minutos de la mañana. Accesible en <http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/spenal/pdf/cpp10.pdf>

materia de Derechos humanos que se desarrolla el debido proceso, como afirma el especialista constitucional Florentín Meléndez, se reconocen un amplio catálogo de derechos de distinta naturaleza (derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales); se reconocen los derechos fundamentales, las libertades democráticas y las garantías del debido proceso 82 (derechos de las víctimas e imputados y acusados); y se incorpora en el ámbito del Derecho internacional de los Derechos humanos y del debido proceso importantes principios jurídicos relacionados con la administración de justicia, entre ellos: los principios de legalidad, independencia judicial, igualdad y no discriminación, igualdad ante la ley y los tribunales de justicia, universalidad de los derechos humanos, irretroactividad de la ley penal, inviolabilidad del domicilio, presunción de inocencia, publicidad procesal, responsabilidad del Estado en materia de Derechos humanos e imprescriptibilidad. Dándose un vínculo entre el Derecho internacional y el Derecho interno en materia de Derechos humanos que deben ser interpretadas por los operadores de justicia de forma imparcial e independiente, por el carácter obligatorio que tienen para estos.

»*La interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales debe ser amplia, no restrictiva*, siempre a favor de la persona (*pro homini, pro libertatis*), porque, como expresa la profesora Elizabeth Salmón de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la interpretación pro persona, los tratados y convenciones sobre derechos humanos no tienen como único fin establecer derechos y obligaciones recíprocas entre sus Estados partes, sino establecer un sistema para proteger la dignidad humana, debe necesariamente concluirse que la interpretación debe ser siempre a favor del individuo. Ello ha sido establecido por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: «(...) el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema. (Corte IDH, El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de

septiembre de 1982). A tal punto que, como expresa la académica peruana, frente a dos posibles interpretaciones de una misma norma, los Estados se encuentran obligados a interpretar los derechos contenidos en ella de acuerdo a la opción que más favorezca al individuo. Por esta razón, expresa el especialista constitucional Florentín Meléndez, de que los operadores judiciales (y de la administración pública) no solo conozcan los diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ni que les otorguen un valor formal como simples referencias técnicas para el juzgador, sino fundamentalmente, que los interpreten de conjunto con las normas y disposiciones del derecho interno, concretizando en la práctica judicial y, en cada caso concreto, las aspiraciones de una sociedad democrática consignadas en lo que la doctrina identifica como los valores superiores de la Constitución. Las consecuencias de esta situación, es que los instrumentos internacionales alcanzan rango constitucional, reconocimiento, obligatoriedad de aplicación y cumplimiento de parte de los Estados»<sup>22</sup> (cursivas nuestras).

En el presente caso, nos encontramos con la aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos, opiniones de expertos en la materia y jurisprudencia interamericana, al que podemos definir como un relativo control de convencionalidad en la medida que se utiliza para fortalecer al control de constitucionalidad, reafirmando que tales derechos se encuentran en el espíritu de la Supremacía Constitucional. Pero el contenido esencial de la sentencia precitada, es lo negado como derecho *pro homine*, *pro libertatis* que le fueron negados en los casos donde declararon sin lugar los recursos de amparo por ser materia electoral.

22. Sentencia No. 28, Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Penal. Tribunal de Casación. Managua, ocho de marzo del año dos mil diez. Las nueve y treinta minutos de la mañana. Accesible en <http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/spenal/pdf/cpp10.pdf>

c) *Caso Ley Integral Contra la Violencia hacia las Mujeres Ley 799<sup>23</sup> y la sentencia que declara la constitucionalidad de la misma. Sentencia 18 del año 2013*

En la Sentencia 18 dictada en 2013, la Corte Suprema de Justicia analizó y resolvió los recursos por inconstitucionalidad contra la Ley 779 interpuestos por Bismark Antonio Dávila Aguilar, Antonio Loáisiga Castillo y Ramón Dávila Ruiz, quienes expresaron que la entrada en vigencia de dicha ley violentaba los derechos constitucionales de igualdad ante la ley, el principio de legalidad al incorporar al ordenamiento normas internacionales, entre otros derechos constitucionales.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia mantiene los mismos criterios de la jurisprudencia respecto de la supremacía constitucional y resalta que:

La Constitución tiene como límite, única y exclusivamente su propio marco, establecido en ella. Ninguno de los Poderes del Estado puede violentar la Constitución. Su irrespeto, destruiría el régimen de Derecho dentro del que deben funcionar todas las autoridades del país, las que tienen la obligación de mantener incólume el Ordenamiento Supremo mediante el aseguramiento del Principio de Supremacía con que está investido respecto a la legislación secundaria, la cual está supeditada a ella.

La Corte continúa diciendo en dicha sentencia que:

... El control de constitucionalidad tiene como fundamento la Supremacía Constitucional, que es un principio teórico del Derecho Constitucional, que postula, originalmente, ubicar a la Constitución de un país jerárquicamente por encima de todas las demás normas jurídicas, internas y externas, que puedan llegar a regir sobre ese país. Esto incluiría a los tratados internacionales ratificados por

---

23. Publicada en el Diario Oficial *La Gaceta* N° 35 el 22 de febrero de 2012.

el país y cuyo ámbito de aplicación pueda ser también sobre las relaciones jurídicas internas. El Control de Constitucionalidad es el mecanismo jurídico por el cual, para asegurar el cumplimiento de las normas constitucionales, se invalidan las normas de rango inferior que no hayan sido dictadas de conformidad con aquellas.

En dicho caso, los recurrentes plantearon que en las consideraciones de la ley, como en el art. 5 sobre las fuentes de interpretación, se mencionan Convenciones que no están contempladas en nuestra legislación como ley, a diferencia de las indicadas en el art. 46 de la Constitución Política, por lo que la Corte procedió a analizar si tales instrumentos forman parte del ordenamiento jurídico nicaragüense.

La Corte refirió que la «... Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres (Convención Belem Do Pará) fue aprobada por el Estado de Nicaragua mediante Decreto de la Asamblea Nacional No. 1015 del 23 de agosto de 1995 y publicada en La Gaceta No. 179 del veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa y cinco y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), fue suscrita por el Estado de Nicaragua el 17 de julio de 1979 y aprobada y ratificada el 10 de agosto de 1981, publicada en La Gaceta N° 191 del 25 de agosto de 1981. Dichos instrumentos internacionales al ser ratificados por Nicaragua, tienen efectos legales, dentro y fuera del territorio de Nicaragua, es decir, forman parte del ordenamiento jurídico, todo de conformidad con el art. 138, inciso 12 de la Constitución Política que establece:

«Son atribuciones de la Asamblea Nacional: Aprobar o rechazar los instrumentos internacionales celebrados con países u organismos sujetos de Derecho Internacional. Dichos instrumentos Internacionales solamente podrán ser dictaminados, debatidos, aprobados o rechazados en lo general, sin poder hacerles cambios o agregados a su texto. La aprobación legislativa les conferirá efectos legales, dentro y fuera de Nicaragua una vez que hayan entrado en vigencia internacionalmente, mediante depósito o intercambio de

ratificaciones o cumplimiento de los requisitos o plazos, previstos en el texto del tratado o instrumento internacional». *Conforme a la redacción constitucional, los instrumentos internacionales se integran al ordenamiento jurídico interno mediante la aprobación legislativa, no siendo necesario exigir una norma de transformación del derecho internacional al interno, es decir un acto formal de producción de normativa estatal (ley, decreto).* En este orden de ideas, este Supremo Tribunal estima que la Convenciones Internacionales Belén Do Pará y la CEDAW que son fuentes de interpretación de la Ley 779, no infringen el principio de legalidad, por formar parte del derecho interno y por ende no se violenta el mencionado principio (cursivas nuestras).

La sentencia agrega que «... Puede afirmarse que la Ley 779... se enmarca dentro de las acciones legislativas positivas que se encuentran expresamente autorizadas por el art. 48 Cn. y por instrumentos internacionales de derechos humanos que integran el ordenamiento jurídico nicaragüense».

Asimismo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha expresado que «igualdad formal resulta problemática e insuficiente para resolver los problemas de discriminación estructural o sistemática. Cuando hablamos de discriminación estructural, nos referimos a la situación que enfrentan determinados sectores de la población que, por complejas prácticas sociales, culturales, e institucionales no gozan de sus derechos en la misma medida que lo hace el resto de la sociedad. Se trata de ciertos grupos que han sido históricamente marginados del acceso a la justicia, a la educación, a la participación política, a la dirección de asuntos públicos entre otras muchas esferas».

De la Sentencia se observa que la Corte ejerce un control de constitucionalidad, demandado por los recurrentes y, a nuestro criterio, se pierde la oportunidad de ejercer un verdadero control de convencionalidad, dado que se limita a hacer enunciados de los instrumentos internacionales ratificados, que, como señala la sentencia, los integra al ordenamiento jurídico interno como ley.

d) *Caso de femicidio en perjuicio de la misionera estadounidense Karen Beth Colclough (q.e.p.d.). Sentencia del 10 de julio de 2014 emitida por el Juzgado Quinto Distrito Especializado en Violencia*

La Ley 779, desde su entrada en vigencia, fue cuestionada por diversos sectores, particularmente por hombres y religiosos, según ellos por vulnerar el derecho a la igualdad en perjuicio de los hombres; en este escenario resulta la sentencia antes mencionada que declara la constitucionalidad de la referida ley y, posteriormente, en julio de 2014, la aprobación de un Reglamento que limita sus alcances y reduce el tipo penal de femicidio establecido originalmente a la muerte de mujeres como consecuencia de violencia cometida en sus relaciones de convivencia familiar.

En este contexto, la misionera estadounidense Karen Colclough fue víctima de robo, violación y femicidio, por lo que el acusado fue procesado por tales delitos en el Juzgado Quinto de Distrito Especializado en Violencia; este señala que:

Previo a la entrada en vigencia de la Ley 779 existía una normativa que no daba buenos resultados en la lucha para frenar la violencia de género en contra de las mujeres, había una gran presión no sólo en el ámbito interno sino desde el ámbito internacional que exigía al Estado de Nicaragua a que asumiera los compromisos que ya tenía suscritos y ratificados a través de diversos instrumentos internacionales como la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Es así que el Estado de Nicaragua asume su compromiso que por tantos años había relegado y decide, promulgar una ley integral que tiene por objeto actuar contra la violencia que se ejerce hacia las mujeres, con el propósito de proteger los derechos humanos de las mujeres y garantizar una vida libre de violencia, que favorezca su desarrollo y bienes.

Esa misma sentencia refiere en el «POR TANTO»:

Basándome en las consideraciones anteriormente dichas, y de conformidad a los artículos 27, 34, 71 párrafo 2, 76 Cn...., ... Ley 779 «Ley Integral Contra la Violencia Hacia las Mujeres y Reformas a la Ley 641, arts. 1 de la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, CEDAW, arts. 1, 3, 4 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer, conocida como «Belém Do Pará... Código Procesal Penal... del Código Penal Vigente; y Art. 13 de la LOPJ, esta autoridad judicial FALLA: I. CONDÉNESE al imputado FERNANDO ANTONIO ABURTO REYES...

En este caso, la autoridad judicial menciona los instrumentos internacionales, pero no incorpora en la sentencia y en el análisis del caso cada uno de los derechos vulnerados ni los estándares internacionales existentes en materia de prevención, sanción y reparación de la violencia contra la mujer. Tampoco la fiscalía hizo alusiones a la materia de reparaciones, porque no es una práctica dentro del sistema judicial nicaragüense, aunque es un derecho establecido en el sistema procesal penal.

Las diferentes normativas internas no abonan a la construcción de un sistema de Control de Convencionalidad, pues todas ellas reafirman el carácter de Supremacía Constitucional; a manera de ilustración, la anotada Ley 779 es una, el Código de la Niñez y Adolescencia en su art. 101<sup>24</sup>, el Código Procesal Penal arts. 1<sup>25</sup>,

---

24. «Las y los adolescentes sujetos a la Justicia Penal del Adolescente gozarán de los derechos, libertades y garantías reconocidos en la Constitución Política, Tratados, Convenios, Pactos, y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Nicaragua y las leyes ordinarias, además de aquellas que les correspondan por su especial condición...».

25. «**Principio de legalidad.** Nadie podrá ser condenado a una pena o sometido a una medida de seguridad, sino mediante una sentencia firme, dictada por un tribunal competente en un proceso conforme a los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política, a las disposiciones de

88<sup>26</sup>, 112<sup>27</sup>, 163<sup>28</sup> y 388<sup>29</sup> y el recién aprobado Código de la Familia, Ley 870, que refiere en su art. 7: «**Criterios de interpretación y aplicación.** La interpretación y aplicación de las disposiciones del presente Código se hará de conformidad a la Constitución Política de la República de Nicaragua, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los instrumentos internacionales vigentes en el Estado de Nicaragua y los principios rectores del mismo Código»; ubica en primer orden a la Constitución Política, sin dejar al arbitrio del juzgador ningún otro criterio de aplicación del derecho.

Es así como el sistema judicial nicaragüense no ha tenido como práctica realizar un análisis, interpretación o aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos; podría decirse particularmente por el orden jerárquico de las leyes, que ubica a la Constitución Política, siguiéndole las leyes, los tratados internacionales, los reglamentos y los decretos ejecutivos.

---

este Código y a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República».

26. «**Respeto a garantías.** En el ejercicio de la acción penal pública, el Ministerio Público deberá guardar el más absoluto respeto a los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales relativos a los derechos humanos ratificados por Nicaragua y los establecidos en este Código».

27. «Respeto a garantías. En sus actuaciones, la Policía Nacional deberá guardar el más absoluto respeto a los derechos y garantías individuales consagrados en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales relativos a los derechos humanos ratificados por Nicaragua y los establecidos en este Código».

28. «**Defectos absolutos.** En cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte sin que se requiera de previa protesta, el juez decretará la nulidad de los actos procesales cuando se constate la existencia de cualquiera de los siguientes defectos absolutos concernientes: 1. A la inobservancia de derechos y garantías que causen indefensión, previstos por la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales ratificados por la República y establecidos en el presente Código».

29. «**Motivos de fondo.** El recurso de casación podrá interponerse con fundamento en los siguientes motivos por infracción de ley: 1. Violación en la sentencia de las garantías establecidas en la Constitución Política o en tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República...».

Si bien se trata de una referencia de hace diez años, esta es de actualidad y una muestra de lo que sostenemos en el presente trabajo; nos referimos al estudio realizado en 2005 por la Agencia de Cooperación Española en Nicaragua sobre análisis de sentencias en materia de violencia intrafamiliar y sexual, que revisó 2098 sentencias, de las cuales 1021 eran en materia civil y 1077 en materia penal<sup>30</sup>, y las analizó con enfoque de reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres y teniendo en cuenta el marco jurídico vigente a nivel nacional e internacional.

Como parte de los principales resultados del estudio, se determina que «[t]anto en las sentencias en materia penal como de Derecho de Familia, se observa una escasa referencia a convenios internacionales suscritos por el gobierno de Nicaragua, que consignan los derechos de las mujeres en ambas materias. En el caso particular de las sentencias por delitos de orden sexual, son muy escasas las referencias a la Ley 230, Ley de Reformas y Adiciones al Código Penal, la Convención interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)»<sup>31</sup>.

El estudio destaca que «... los y las judiciales omiten preceptos constitucionales de derechos humanos reconocidos en convenios, tratados y pactos internacionales, que aportan elementos de gran contundencia para la protección de los derechos de las mujeres. Ello podría obedecer a la falta de trasposición de los tratados o bien a una incompleta formación jurídica de las y los judiciales en esta materia»<sup>32</sup>.

La investigación señala que los instrumentos jurídicos más citados son: Código de Instrucción Criminal, Código Procesal Penal, Código Penal, Código Procesal Civil, Código de la Niñez y

---

30. MEZA, GUTIÉRREZ, María Auxiliadora. *Análisis jurídico de sentencias relativas a delitos de violencia intrafamiliar y sexual y demandas civiles en materia de familia*. AECID, Managua, 2005, p. 7.

31. *Ibíd.*, p. 9.

32. *Ibíd.*, p. 59.

Adolescencia y Ley Orgánica del Poder Judicial. Que en relación a las sentencias en materia de familia «... en un solo caso se hizo alusión a los convenios internacionales relacionados con los derechos humanos de las mujeres. De manera que se observa una reiterada omisión de tales preceptos, al igual que a los derechos humanos de la niñez y la adolescencia»<sup>33</sup>.

El reciente estudio realizado por el Observatorio Judicial de Violencia de Género de la Corte Suprema de Justicia analiza las sentencias dictadas en primera instancia por los órganos judiciales especializados en 2013<sup>34</sup> y, si bien es cierto, hacen mención en algunos casos a los instrumentos internacionales de derechos humanos, también es cierto que no se encuentra dentro de los parámetros de las sentencias la utilización del control de convencionalidad y tampoco la incluyen en las recomendaciones.

#### 5. LOS DESAFÍOS PARA UN EJERCICIO EFECTIVO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO INTERNO

A manera de conclusión, consideramos que no existen normas constitucionales, de justicia constitucional u otras normas secundarias que reconozcan explícita o implícitamente el control de convencionalidad. Por el contrario, con el presente trabajo demostramos que los jueces y las juezas se rigen por un ordenamiento jurídico constitucional determinado por un ámbito de facultades expresamente establecidas, que les limita a ejercer el control de convencionalidad.

Por otro lado, los casos concretos que mencionamos no encuadrarán en un verdadero ejercicio del control de convencionalidad, planteando los desafíos para ejercerlo en el ámbito interno, para lo cual es necesario:

---

33. *Ibíd.*, p. 81.

34. Observatorio Judicial de Violencia de Género en Nicaragua. *Estudio de sentencias dictadas en primera instancia por órganos judiciales especializados en violencia hacia la mujer en el año 2013*. Accesible en [http://www.poderjudicial.gob.ni/genero/ovgn/SENTENCIAS\\_DICTADAS\\_GENERO\\_2013.pdf](http://www.poderjudicial.gob.ni/genero/ovgn/SENTENCIAS_DICTADAS_GENERO_2013.pdf)

- a) Adecuar las normativas internas desde la Constitución Política, que establezca expresamente: los órganos, ámbito de facultades, criterios de interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales, el valor de los tratados internacionales, la jurisprudencia y la doctrina de derechos humanos; control que debe ser ejercido por todos los jueces y las juezas (control difuso de convencionalidad).
- b) Fortalecer la preparación jurídica con énfasis en derechos humanos impartida desde las facultades de derecho al alumnado de pregrado y educación continua.
- c) Intensificar los procesos de especialización en derechos humanos para los profesionales del derecho y, particularmente, para las autoridades del sistema de administración de justicia (jueces, magistrados y magistradas, litigantes, defensores y defensoras, otros).

## VI

### EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COSTA RICA

---

*Soraya Long*

#### 1. INTRODUCCIÓN

El Control de Convencionalidad ha sido construido e institucionalizado por la Corte Interamericana de Derechos humanos en forma paulatina y permanente, y ha tenido un importante eco en la actividad jurisdiccional de los países americanos. Hoy por hoy, el concepto es parte integral del vocablo judicial y ello aporta a que se convierta en un instrumento de incidencia para la protección y defensa de los derechos humanos.

En consecuencia, resulta substancial conocer cómo se interpreta y aplica este instituto en la práctica judicial. Para el caso de Costa Rica, el parámetro de medición debería ser la Sala Constitucional o Sala IV, órgano supremo para la jurisdicción constitucional, responsable de garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales, así como de los derechos y libertades contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, para este artículo se quiso trascender y conocer, además, el nivel de comprensión de operadores y operadoras de justicia de otros órganos judiciales: cómo interpretan y aplican el control de convencionalidad. De esta manera se revisaron sentencias de juzgados y tribunales ordinarios y se entrevistó a dieciséis funcionarios y funcionarias judiciales: fiscales, defensoras y defensores públicos, jueces y juezas laborales, penales, agrarios, de familia, y de cobros. Esta pequeña muestra, seleccionada al azar, permite a la autora inferir, desde una perspectiva muy subjetiva, la

aproximación de la judicatura al control de convencionalidad, pero se aclara que las conclusiones son producto de reflexiones propias que pueden ajustarse o no a la realidad de una gama muchísima más amplia de actores judiciales.

## 2. LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA EN COSTA RICA SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

### *a) La Constitución Política y pronunciamientos de la Sala Constitucional sobre el valor supra constitucional de la normativa internacional de los derechos humanos*

El artículo 7 de la Constitución Política de Costa Rica<sup>1</sup> alude a los tratados internacionales de derechos humanos, señalando que tendrán autoridad superior a las leyes cuando fueran debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa. Empero, este contenido ha sido ampliado por interpretación de la Sala Constitucional<sup>2</sup> sobre la base del artículo 48<sup>3</sup> del mismo cuerpo legal, que señala que

---

1. Artículo 7.- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán de la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.

2. La Sala Constitucional es creada en 1989 con el fin de regular la jurisdicción constitucional para garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales, el Derecho Internacional y los derechos y libertades fundamentales consagrados tanto en la Constitución Política como en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica. Ese mismo año se aprobó la Ley de Jurisdicción Constitucional que es el marco jurídico de actuación de la Sala.

3. Artículo 48.- Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental, establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

todas las personas gozarán de los derechos consagrados tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La Sala Constitucional ha establecido en forma reiterada que los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución<sup>4</sup>. Más aún, la Sala también ha sostenido que el término «instrumentos internacionales» contenido en el citado artículo 48 significa que no solo debe considerarse como tales convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional, sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los derechos humanos, aunque no haya sufrido ese trámite<sup>5</sup>; así por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas, las Reglas de Brasilia y otros instrumentos similares que se refieran a derechos fundamentales.

De este modo, en Costa Rica no es posible anteponer la ley ordinaria frente a instrumentos internacionales de derechos humanos que otorguen una mayor protección a los derechos de las personas; las normas nacionales que contradigan las internacionales de derechos humanos deben tenerse por derogadas en virtud del rango superior de las segundas; y la Sala Constitucional está facultada para declarar tanto violaciones a derechos constitucionales como a todo el universo de derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país<sup>6</sup>, toda vez que la Sala debe velar por su cumplimiento en el ámbito nacional.

---

4. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93.

5. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 9685, de las 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000.

6. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2313-95, de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995.

Esta línea de pensamiento viene desde los orígenes de la Sala Constitucional. En un fallo de 1990, este Tribunal expresó:

Que, si bien el artículo 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a los interesados a plantear la acción de inconstitucionalidad contra las disposiciones legales que se opongan a las de un tratado internacional, considerando que al hacerlo violan la jerarquía normativa superior del segundo, de conformidad con el artículo 7° de la Constitución Política, ello no obsta a que, cuando las disposiciones del tratado resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que las desarrollen en el derecho interno, las legales que las contradigan deban tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado. De esta manera, la antinomia entre ley y tratado, a partir de la reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución (Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989, vigente desde el 1° de setiembre) y, sobre todo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (No. 7135 del 11 de octubre de 1989, vigente desde su publicación el 19), se resuelve, en primer lugar y en lo posible, con la derogación automática de la primera en cuanto se oponga al segundo, sin perjuicio de que también pueda serlo mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley<sup>7</sup>.

Entonces, por disposición constitucional y por interpretación de la Sala Constitucional, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos han ampliado el marco normativo nacional y obligan a los operadores de justicia a su aplicación. Al respecto, más precisamente la Sala Constitucional ha dicho que «la normativa de los derechos humanos no sólo implica el cumplimiento de los derechos ahí consagrados, sino que significa una interpretación, más aún, una relectura de las legislaciones internas en función de

---

7. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de las 17:00 horas del 13 de marzo de 1990.

estas disposiciones internacionales y de los postulados incorporados a las legislaciones nacionales como parte del ordenamiento»<sup>8</sup>.

En este marco, algunos jueces ordinarios, a través de sus fallos, se han autodefinido no como operadores del derecho sino como intérpretes, sosteniendo:

La diferencia entre uno y otro —operador e intérprete— radica en la sensibilidad sociojurídica, la cual supone aprender a distinguir la diversidad de contextos, historias de vida y sus particularidades; aprender a construir soluciones jurídicas efectivas y que nuestras realidades o preconcepciones no interfieran con la situación que se analiza... Puede decirse que la sensibilidad sociojurídica en la Administración de Justicia es la valentía de actuar según cada caso por medio de todos los mecanismos legales que estén al alcance y emplearlos correctamente reconociendo que el debido proceso y los Derechos Humanos no son un discurso ni algo que se «merece» sino que se tiene por la sola existencia de cada persona. En otras palabras, la sensibilidad sociojurídica requiere autocontención, voluntad proactiva y no discursiva pues es el primer paso para entender que el Derecho no es lo único que rige en la sociedad sino solamente una pequeña parte y, aun así, es una herramienta poderosa para la desconstrucción de inequidades<sup>9</sup>.

La obligación de quienes administran justicia de conocer, interpretar y hacer efectiva la normativa internacional de derechos humanos nos lleva al tema del control de convencionalidad.

8. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 1319-97 de las 14:50 horas del 4 de marzo de 1997.

9. Juzgado de Familia, Desamparados, Sentencia No. 246-2009 de las 13:20 horas del 29 de mayo de 2009.

b) *Pronunciamientos de la Sala Constitucional sobre el control de convencionalidad en relación con las normas internacionales de derechos humanos*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos alude por primera vez al término «control de convencionalidad» en la sentencia del Caso *Almonacid vs. Chile*, de 2006<sup>10</sup>, señalando que los jueces y tribunales internos, aunque estén sujetos al imperio de la ley, están sometidos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando esta ha sido ratificada por el Estado, lo que implica que deben velar porque «los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos»<sup>11</sup>. En otras palabras, indica la Corte, «el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana»<sup>12</sup>.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, los jueces y juezas nacionales no pueden invocar el derecho interno para incumplir los contenidos de la Convención Americana, ello principalmente

---

10. Pero antes, el Juez García Ramírez en su voto concurrente razonado en el caso *Myrna Mack vs. Guatemala* había aludido al término, señalando: «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». Corte IDH. *Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, voto concurrente, párr. 27.

11. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

12. *Ibidem*.

por la obligación para los Estados contenida en el artículo 2 de la Convención de adecuar el derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. El Estado, por tanto, debe adoptar todas las medidas para que las disposiciones de la Convención sean efectivamente cumplidas en su ordenamiento jurídico interno<sup>13</sup>. Cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella<sup>14</sup>.

En Costa Rica, la Sala Constitucional, desde sus orígenes, puso en práctica el control de convencionalidad aunque no utilizando esta terminología. En un fallo del año 1990 que resolvió un Recurso de Hábeas Corpus<sup>15</sup> (presentado por no reconocerse el derecho a recurrir de la sentencia condenatoria ante un tribunal superior en la forma prevista por el artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), la Sala estimó que la norma invocada de la Convención es absolutamente clara e incondicionada en cuanto reconoce como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, el de recurrir del fallo condenatorio para ante un superior.

Según expresó la Sala, la Convención Americana no subordina este derecho a su desarrollo por la legislación interna ni a ninguna

---

13. La Corte IDH ha señalado reiteradamente que es deber general del Estado adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, según lo establecido en el artículo 2, lo que incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención. En este sentido, ver Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 6 de agosto de 2008, párr. 79.

14. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile... op. cit.*, párr. 123.

15. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente: N° 210-90. Voto 282-90 de 17 horas del 13 de marzo de 1990.

otra condición suspensiva o complementaria. En consecuencia, «se está ante un supuesto de aplicación inmediata del tratado, porque existen en Costa Rica tanto el órgano como el procedimiento para recurrir de los fallos en cuestión»<sup>16</sup>. Para la Sala, de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política, cuando las disposiciones del tratado resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que las desarrollen en el derecho interno, las legales que las contradigan deban tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado. Todo es cuestión de procedimiento y de oportunidad: si el problema se plantea en el hábeas corpus o en el amparo, ahí puede la Sala declararlo y resolverlo<sup>17</sup>.

Más adelante, la Sala denominó «Derecho de la Constitución» al redimensionamiento de las acciones de garantía que se introdujo en el ordenamiento interno por la reforma del artículo 48 de la Constitución Política, que incorporó los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, y con ello su interpretación por los órganos judiciales correspondientes. El Derecho de la Constitución obligaba a idear mecanismos apropiados y soluciones consecuentes de conformidad con lo ordenado por el artículo 2 de la Convención Americana<sup>18</sup>.

Luego del caso Almonacid, la Sala Constitucional costarricense asume el término «control de convencionalidad» y señala

---

16. Según expresó la Sala, en Costa Rica, por las características del caso, no era aplicable el recurso de casación por no cumplirse los requisitos procesales establecidos en la norma interna. No obstante, debía darse cumplimiento a la Convención Americana, concretamente del artículo 8.2 inciso h); para ello bastaba con tener por no puestas esas limitaciones, y con entender que el recurso de casación a que ahí se aludía está legalmente otorgado a favor del reo, condenado a cualquier pena en sentencia dictada en una causa penal por delito. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente: N° 210-90. Voto 282-90 de 17 horas del 13 de marzo de 1990

17. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente: No. 210-90. Voto 282-90 de 17 horas del 13 de marzo de 1990.

18. Ver Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Exp: 08-012520-0007-CO. Voto N° 2008015461, San José, a las 15:07 horas del 15 de octubre de 2008.

que el instituto permite mantener un diálogo constante entre los sistemas nacionales de protección de derechos humanos y los sistemas internacionales. Los jueces deben ejercer el control de convencionalidad y aplicar las normas y principios contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Se trata de una obligación que permite a los jueces integrar las normas y principios contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos a las resoluciones que dicten en los asuntos sometidos a su conocimiento<sup>19</sup>.

La Sala Constitucional define el control de convencionalidad como

[...] una construcción pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyo propósito fundamental es lograr la supremacía convencional en todos los ordenamientos jurídicos nacionales o locales del denominado parámetro de convencionalidad, conformado por las declaraciones y convenciones en la materia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, las sentencias vertidas por esa Corte regional y sus opiniones consultivas. Constituye una revolución jurídica en cuanto le impone a los jueces y Tribunales nacionales, en especial, a los Constitucionales, la obligación de consolidar el Estado convencional de Derecho, anulando y expulsando del sistema jurídico nacional respectivo toda norma que confronte, irremediablemente, el bloque de convencionalidad. De esta doctrina, cabe resaltar dos cuestiones relevantes, que son las siguientes: a) El control de convencionalidad debe ser ejercido, incluso, de oficio, aunque las partes intervinientes no lo hayan instado o requerido y b) al ejercer el control de convencionalidad, los jueces y Tribunales Constitucionales, gozan del margen de apreciación nacional, sea como un todo que tiene plenitud hermética, para poder concluir si una norma nacional infringe o no el parámetro de convencionalidad;

---

19. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Exp. 12-012657-0007-CO, Voto N° 2013006120 de las 15:05 horas del 8 de mayo de 2013.

consecuentemente, no pueden hacerse análisis aislados como si el ordenamiento jurídico estuviere constituido por compartimentos estancos o segmentados. Cabe destacar que el margen de apreciación nacional es un concepto jurídico indeterminado que permite la convergencia y armonización del derecho nacional y del interamericano, estableciendo un umbral de convergencia que permite superar la relatividad de las tradiciones jurídicas nacionales<sup>20</sup>.

Para la Sala, bajo el amparo del control de convencionalidad, el Poder Judicial «debe ejercer un control especial sobre los actos públicos y privados, así como las normas y prácticas, siendo la última autoridad para interpretar y aplicar un orden internacional libremente aceptado por el Estado... El respeto y resguardo que deben ejercer los jueces de la República, por medio del control de convencionalidad, es imperativo para los intereses del país»<sup>21</sup>.

En esta misma línea, la Sala interpreta que el Poder Judicial «debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana»<sup>22</sup>.

Pero por otro lado, la Sala ha establecido que para que exista uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas internacionales de derechos humanos, con efectos *erga omnes*, es ella la llamada a ejercer el control de convencionalidad: «En este sentido, la autoridad para conocer de las infracciones a las normas constitucionales, como las convencionales de derechos humanos,

---

20. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 2013-004491 de las 16:00 horas del 3 de abril de 2013.

21. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Exp. 13-002600-0007-CO, Voto N° 016141-2013 de las 15:45 hrs. del 4 de diciembre del 2013.

22. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Exp: 13-001027-007-CO, Voto N° 2013006794 de las 14:30 hrs. del 21 de mayo de 2013.

debe ser ejercida por la jurisdicción constitucional [...] en consecuencia, los mismos mecanismos que tienen los jueces para elevar consultas de constitucionalidad, pueden utilizarse para las consultas por convencionalidad»<sup>23</sup>. Con este fallo, la Sala obliga a todos los jueces a consultarle cuando tuviere «dudas fundadas sobre la convencionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento»<sup>24</sup>.

Expresamente, la Sala ha señalado a partir de diciembre de 2013: «En consecuencia, si la controversia proviene de una disposición de un tratado internacional, de las leyes o reglamentos, y estos deben ser aplicados por el juzgador, si se determina de oficio alguna controversia, le corresponde elevar la consulta y resolverla la Sala Constitucional. El juez debe hacer control de convencionalidad indirecto y abstracto, en el sentido de que, mediante un ejercicio intelectual, compara el texto de las normas del orden doméstico frente al internacional, sean disposiciones legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter, para determinar si existen incongruencias relevantes»<sup>25</sup>. Todo ello, a criterio de la Sala, para que la nulidad por la incompatibilidad con la Constitución Política o un tratado internacional de Derechos Humanos (auto-aplicable), tenga efectos permanentes y duraderos en el ordenamiento jurídico nacional, pues los efectos del control de convencionalidad ejercido por un juez ordinario son limitados a las partes del caso en particular.

Lo anterior significa que, aunque juezas y jueces ordinarios y magistrados de Salas distintas a la Constitucional determinen, revisando la norma interna, que esta es contraria a la Convención

---

23. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Exp. 13-002600-0007-CO, Voto N° 016141-2013 de las 15:45 hrs. del 4 de diciembre del 2013.

24. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Exp. 13-002600-0007-CO, Voto N° 016141-2013 de las 15:45 hrs. del 4 de diciembre del 2013.

25. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Exp. 13-002600-0007-CO Res. N° 016141-2013 de las 15:45 hrs. del 4 de diciembre del 2013.

Americana o a otro tratado de derechos humanos, no pueden, porque no les está permitido, desaplicarla de oficio, aun para el caso en concreto; deben hacer la consulta a la Sala Constitucional para que ella establezca el parámetro a seguir.

Esta posición de la Sala Constitucional es contraria no solo a la anterior jurisprudencia nacional que había sostenido que los jueces de la República deben ejercer control de convencionalidad y aplicar las normas y principios contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos a las resoluciones que dicten en los asuntos sometidos a su conocimiento<sup>26</sup>, sino también a los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en materia de control de convencionalidad, ha establecido la obligación de este control al Poder Judicial<sup>27</sup>, a los jueces y a los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles<sup>28</sup>, e incluso a cualquier autoridad pública<sup>29</sup>.

c) *Jurisprudencia de la Sala Constitucional en relación con la jurisprudencia de la Corte Interamericana*

En el caso Almonacid, la Corte Interamericana señaló que el control de convencionalidad debe considerar no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana<sup>30</sup>. En el caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, el Tribunal Interamericano se refirió al control de convencionali-

---

26. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Exp. 12-012657-0007-CO Res. N° 2013006120 de las 15:05 hrs. del 8 de mayo de 2013.

27. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219.

28. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225.

29. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239.

30. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile... op. cit.*, párr. 124.

dad tanto de los instrumentos internacionales como del estándar internacional de protección de los derechos humanos<sup>31</sup>. En el caso *Rosendo vs. México* volvió a incluir en el control de convencionalidad la interpretación que ha hecho la Corte de la Convención Americana, intérprete última de este instrumento<sup>32</sup>. Pese a estas disposiciones, en Costa Rica aún no hay uniformidad de criterio entre los magistrados de la Sala Constitucional sobre si la jurisprudencia de la Corte, a través del control de convencionalidad, es vinculante. Los votos salvados en casos específicos conocidos por esta instancia nos permiten conocer las posiciones al respecto.

Por un lado, algunos magistrados sostienen<sup>33</sup> que si la Corte Interamericana es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada. «Por ello, existe una vinculatoriedad moral y jurídica de acatamiento de lo dicho por la Corte Interamericana ya que el incumplimiento de los Tratados y de las decisiones de esa Corte podría imponer responsabilidad internacional al Estado»<sup>34</sup>. Para esta posición, la jurisprudencia de la Corte sienta una regla de derecho que integra el parámetro de convencionalidad y es, por ende, de acatamiento obligatorio para la Sala Constitucional. El papel del juez interno, en defensa de la Convención Americana, implica la identificación

---

31. Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 180.

32. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México... op. cit.*, párr. 219.

33. Ver Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No 2012-5590 de las 16:01 horas del 2 de mayo del 2012 y Exp. 12-001676-0007-CO Res. N° 2013016142 de las 15:46 horas del 4 de diciembre de 2013.

34. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Exp. 12-001676-0007-CO Res. N° 2013016142 de las 15:46 horas del 4 de diciembre de 2013. Voto salvado del Magistrado Armijo Sancho.

de las reglas de derecho que deriva la Corte Interamericana en sus pronunciamientos y la aplicación del derecho convencional a los supuestos concretos del derecho interno<sup>35</sup>.

La otra posición sostiene que hay una gran diferencia entre el acatamiento obligatorio de una sentencia condenatoria contra un Estado que dicta la Corte Interamericana y la vinculatoriedad jurídica de su jurisprudencia. La obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana no se deriva de la Convención ni del Estatuto de ese tribunal ni de su reglamento. No hay una norma habilitante para sostener que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para los tribunales de justicia de los Estados parte, de ahí que resulta cuestionable, toda vez que, una obligación en ese sentido tendría que estar de forma expresa en el instrumento internacional o en uno de sus protocolos<sup>36</sup>. La jurisprudencia de la Corte IDH «tiene un efecto orientador únicamente; ergo, el Estado puede seguirlo, pero también está jurídicamente habilitado para no adoptarlo»<sup>37</sup>.

Un segundo argumento para rechazar la tesis de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH, consiste en sostener que en los sistemas de derecho continental, la regla general es que la jurisprudencia no tiene más valor que el que surge de la fuerza de convicción de su razonamiento; es decir, que los tribunales no están obligados a seguir la regla objetiva de derecho que se extrae de los fallos reiterados, salvo que haya norma expresa que así lo imponga. También resulta importante traer a colación que la vinculatoriedad de la jurisprudencia en el derecho internacional público no ha sido receptada. La jurisprudencia es una fuente auxiliar, equiparable a la doctrina de los autores.

En general, esta posición expresa «que la jurisprudencia de la CIDH no resulta vinculante para los Estados partes, lo cual no

---

35. *Ibidem*.

36. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Exp: 12-001676-0007-CO Res. N° 2013016142 de las 15:46 horas del 4 de diciembre de 2013. Voto salvado del Magistrado Castillo Viquez.

37. *Ibidem*.

significa que las sentencias de la CIDH no sean vinculantes para los Estados partes en el respectivo litigio o que los jueces nacionales no tengan que ejercer un control de «convencionalidad» cuando el acto estatal es contrario a lo que disponen los instrumentos internacionales de derechos humanos. Tampoco se trata de «tirar por la borda» la importante doctrina que ha sentado la CIDH en sus fallos y opiniones jurídicas, pues, en la gran mayoría de supuestos, resultan de aplicación en los casos concretos que conocen los jueces nacionales; empero, de lo que se trata es de reconocer que algunos casos excepcionales el Juez nacional está jurídicamente habilitando a seguir un camino diferente al trazado por la CIDH, ya sea porque la CIDH no tomó en cuenta una relación multilateral en el asunto que resolvió, que el estándar nacional es superior al internacional, que la realidad histórica, cultural, etc. es diferente a la del Estado que fue condenando o que hay razones superiores —los intereses públicos— para asumir esa postura»<sup>38</sup>.

Pese a estas diferencias de posición de la Sala Constitucional respecto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es innegable que la jurisprudencia interamericana ha impactado en los criterios de la Sala Constitucional. En 2012, la Sala declaró sin lugar una Acción de Inconstitucionalidad<sup>39</sup> contra el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense, que fue presentada por considerarse que dicha norma era discriminatoria por razones de orientación sexual. La Sala, en aquella oportunidad, por mayoría, consideró que ese asunto debía ser resuelto por vía legal. Sin embargo, años más tarde, en 2014, en un caso de discriminación por orientación sexual, la Sala reconoció —por votación de mayoría— que por influencia del caso *Atala Riffo vs. Chile* cambiaba de criterio. Así lo expresó el Tribunal Constitucional:

---

38. *Ibidem*.

39. Ver Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2012-5590 de las 16:01 horas del 2012.

En el presente asunto, se discute, entre otros aspectos, el aseguramiento que pretende hacer una persona a su pareja del mismo sexo por lo que, en criterio de la mayoría de este Tribunal Constitucional, resultan aplicables las consideraciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, en cuanto a la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual. Ciertamente, en la sentencia No.2012-5590 de las 16:01 horas de 2 de mayo de 2012, dictada en la acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro —norma que definía como beneficiario del seguro de salud a aquella persona de sexo distinto—, la mayoría de esta Sala consideró que no resultaba aplicable al tema del aseguramiento para parejas del mismo sexo lo resuelto en la sentencia dictada por la CIDH. No obstante, bajo una mejor ponderación (partiendo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley que rige esta jurisdicción) y considerando la doctrina establecida por ese Tribunal internacional en cuanto a la prohibición de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de incurrir en actos discriminatorios en contra de las personas por su orientación sexual, esta Sala estima procedente utilizar aquellas consideraciones jurídicas como parámetro de interpretación para resolver el presente asunto aun cuando se trate de situaciones fácticas distintas, ya que, la *ratio decidendi* es igual, por cuanto, se trata de impedir toda discriminación por razón de la orientación sexual. Lo anterior atendiendo a que, según lo dispuesto por la CIDH «*la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención*» y, por ende, queda proscrita cualquier práctica fundada en esos aspectos<sup>40</sup>.

---

40. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Exp: 13-008162-0007-CO Res. N° 2014-012703 de las 11:51 horas del 1 de agosto de 2013.

Pero actualmente resulta preocupante que, pese a los pronunciamientos de la Sala Constitucional referidos que avalan la acción de la Corte Interamericana, cuando se trata de un caso contra Costa Rica, la Sala no tiene la capacidad de asumir las sentencias del Tribunal interamericano como vinculantes. En el año 2000, la Sala Constitucional de Costa Rica decidió que la fertilización in vitro era inconstitucional, al interpretar que la vida comienza desde la concepción y que la técnica médica permitía desechar o destruir seres vivos. En noviembre de 2012, la Corte IDH declaró que la prohibición de la fertilización in vitro en Costa Rica constituye una violación de los derechos humanos y ordenó al país que la reactivara. De ese momento a la fecha, el Congreso costarricense ha estado en continuo debate sobre proyectos en relación con la fecundación in vitro sin que logre un consenso, principalmente por la oposición de diputados cristianos. Para 2015, el Presidente de la República, en el marco de una sesión privada convocada por la Corte Interamericana para supervisar el cumplimiento de su sentencia, emitió un decreto ejecutivo para regular la técnica médica (FIV) en Costa Rica y lo presentó a la Corte IDH. Antes de que este tribunal emitiera criterio sobre la coincidencia del decreto con los preceptos de su sentencia de 2012, la Sala IV acogió, por mayoría, una acción de inconstitucionalidad contra este decreto, lo que implica que la técnica de reproducción asistida no se podrá implementar hasta tanto no se resuelva la acción de inconstitucionalidad, para lo cual no hay un plazo límite.

Es decir, la Sala Constitucional costarricense decidió acoger el recurso de inconstitucionalidad contra el decreto ejecutivo que permite la FIV, pese a que el mismo está siendo estudiado por la Corte Interamericana. La cuestión es qué hará la Sala si la Corte Interamericana determina que el decreto está conforme a su sentencia; o qué pasará si la Sala declara inconstitucional el decreto, mientras que la Corte Interamericana expresa su conformidad con él.

Lo cierto es que la decisión de la Corte Interamericana no está sujeta a la decisión de la Sala Constitucional, pero, ¿comprende la Sala Constitucional que su fallo sí debe estar condicionado a lo

que señale la Corte Interamericana? El punto ahora es que a nivel nacional el decreto del Presidente no podrá ser efectivo mientras la Sala Constitucional no se pronuncie sobre el recurso de inconstitucionalidad, poniendo en cuestión la ejecutoriedad de la sentencia de la Corte Interamericana. Para la autora, la Sala IV debió abstenerse de acoger el recurso mientras la Corte Interamericana no emitiera criterio sobre el Decreto, máxime cuando uno de los argumentos del recurso está referido a la inviolabilidad de la vida humana, elemento que fue rechazado por la Corte Interamericana en su sentencia. La decisión mayoritaria de la Sala Constitucional, evidentemente, pone en alto riesgo la tradición judicial costarricense comentada en este artículo.

### 3. IMPLEMENTACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR PARTE DE JUECES Y TRIBUNALES ORDINARIOS

#### a) *El derecho internacional de los derechos humanos entre las y los operadores de justicia*

En Costa Rica no es generalizado, entre operadores de justicia, el conocimiento amplio sobre la normativa internacional de derechos humanos, aunque sí está claro que esta tiene rango constitucional e incluso rango superior a la Carta Magna. Sin embargo, no hay entendimiento de lo que ello significa ni de cómo llevarlo a la práctica. Consecuentemente, el control de convencionalidad tampoco es un concepto ampliamente difundido ni técnicamente implementado.

A partir de la muestra de actoras y actores judiciales entrevistados, se puede afirmar que existen cuatro tendencias respecto a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, lo cual está directamente relacionado con el control de convencionalidad.

La primera es que la aplicación de la normativa internacional de derechos humanos está referida, exclusivamente, a ciertas ramas del derecho y por ello, para otras, no es trascendente.

La segunda y más común es la invocación de la norma interna-

cional para justificar el uso de la norma nacional. Las juezas y jueces son principalmente «legalistas»; existe una concepción general de que todo se agota en la ley y en la Constitución, y el tratado internacional es para reforzar la norma nacional. Este uso del ámbito internacional es lo que ordinariamente se entiende en la judicatura como control de convencionalidad. Parece que se pretende interpretar la norma internacional a la luz de la legislación interna.

En esta misma línea, también se invoca el derecho internacional de derechos humanos en forma indirecta, esto es, mediante la utilización de fallos de la Sala Constitucional donde se han aplicado Convenciones, normas e instrumentos internacionales. De esta forma, las sentencias de la Sala Constitucional son la fuente de información principal en materia de derecho internacional de los derechos humanos. La justificación es que, según la ley de Jurisdicción Constitucional, la jurisprudencia de la Sala es vinculante para las y los jueces<sup>41</sup>.

La tercera tendencia es la aplicación directa de la normativa internacional, pero casi exclusivamente cuando existen vacíos normativos a nivel nacional y la respuesta para la resolución del caso está en la norma internacional. Esta circunstancia es mucho más común cuando la legislación nacional remite directa y expresamente a normativa internacional específica para su interpretación, como el Código de la Niñez y la Adolescencia, que refiere a la Convención Internacional de la Niñez<sup>42</sup> y la ley de Penalización de la Violencia

---

41. Ley de Jurisdicción Constitucional, artículo 13.- La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.

42. Los artículos 4, 8 y 112 del Código hacen referencia expresa a la Convención de los Derechos del Niño. Concretamente, el artículo 4 señala: «De conformidad con el régimen de protección especial que la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, este Código y leyes conexas garantizan a las personas menores de edad, el Estado no podrá alegar limitaciones presupuestarias para desatender las obligaciones aquí establecidas». El 8: «Jerarquía normativa. Las normas de este Código se aplicarán e interpretarán de conformidad con la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás fuentes normativas del derecho de la niñez y la adolescencia, de acuerdo con la siguiente jerarquía:

contra la mujer que remite a la Convención de Belem do Para y a la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>43</sup>. En estos casos es más fácil para la o el operador de justicia hacer la vinculación entre lo nacional y lo internacional, y este uso más directo y permanente de lo internacional ha llevado a algunos a afirmar que ha operado un cambio de paradigma del alcance de la ley nacional a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. Para estos operadores y operadoras de justicia, el control de convencionalidad es un concepto más claro y parte de su práctica judicial.

Reconocemos una cuarta tendencia, y es la interiorización cada vez mayor, en un creciente número de operadores de justicia, de la relevancia de la normativa internacional de derechos humanos para resolver, pero más importante, para interpretar la norma nacional, para trascender haciendo más con lo mismo y no haciendo

---

a) La Constitución Política. b) La Convención sobre los Derechos del Niño. c) Los demás tratados y convenios internacionales sobre la materia. d) Los principios rectores de este Código...» y el 112: «Interpretación de normas. Al interpretar e integrar las normas procesales establecidas en este título, la autoridad judicial o administrativa deberá orientarse al cumplimiento del interés superior del niño y de los demás principios protectores consagrados en la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, los demás tratados internacionales atinentes a la materia, la normativa consagrada en este Código y el Código Procesal Civil...».

43. El artículo 1 de esta ley estipula: «La presente Ley tiene como fin proteger los derechos de las víctimas de violencia y sancionar las formas de violencia física, psicológica, sexual y patrimonial contra las mujeres mayores de edad, como práctica discriminatoria por razón de género, específicamente en una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, en cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Ley N° 6968, de 2 de octubre de 1984, así como en la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Ley N° 7499, de 2 de mayo de 1995». Y el artículo 3 indica: «En particular, serán fuentes de interpretación de esta Ley: a) La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Ley N° 6968, de 2 de octubre de 1984. b) La Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Ley N° 7499, de 2 de mayo de 1995».

más de lo mismo, sin depender de reformas legislativas para hacer justicia interdisciplinaria con equidad<sup>44</sup>. Para estos juzgadores y juzgadoras no caben interpretaciones de la ley ordinaria contrarias a los derechos humanos, y menos si existe la posibilidad de acudir directamente a una norma internacional. Ellos y ellas validan o invalidan la norma interna a la luz del ordenamiento internacional de derechos humanos, logrando un mayor respeto, protección y garantía de esos derechos. Están conscientes de su doble papel: por un lado, ser el órgano que resuelve una controversia y decide sobre derechos y obligaciones de los contendientes; por otro, ser garante de los derechos humanos: protector de estos en cuanto a las personas que participan —o lo pretenden— en el enjuiciamiento<sup>45</sup>.

En este marco encontramos sentencias en diversas ramas jurídicas (penal, familia, civil, agrario) que se fundamentan directamente en normas internacionales de derechos humanos, superando u obviando obstáculos normativos nacionales, llevando a la práctica judicial el control de convencionalidad. Citamos unos pocos ejemplos con carácter ilustrativo:

- Sentencia del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal<sup>46</sup> de junio de 2015, que declara con lugar un recurso de apelación, no previsto a nivel nacional, con fundamento en disposiciones del Código Procesal Penal costarricense (como el artículo 178) que reconocen la supremacía de la Constitución Política y de las normas del Derecho Internacional, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, haciendo una interpretación extensiva, acorde con fuentes del derecho interno e internacional de los derechos humanos bajo el *principio pro homine*.

---

44. Juzgado de Familia, Desamparados. Proceso Alimentario N° 10-000530-256 PA. Sentencia de las 15 horas del 25 de noviembre de 2010.

45. En este sentido, ver GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. «El control judicial interno de convencionalidad». En *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. Año V, N° 28, México, Julio-diciembre de 2011.

46. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea. Expediente: 14-001437-0066-PE (5) Resolución: 2015-0817 de las 15:11 horas del 4 de junio de 2015.

- Sentencia del Juzgado de Familia de Desamparados de 2010<sup>47</sup>, que otorga una prestación alimentaria a una mujer aunque no hubiese sido reconocida judicialmente la unión de hecho<sup>48</sup>, sobre la base de que la prestación alimentaria es un derecho humano y por lo tanto debe impactar no solo en el derecho de fondo, sino también en la parte procesal. Según la juzgadora de este caso: «De nada sirve decir que la prestación alimentaria es un Derecho Humano si para concretarlo las personas deben enfrentar obstáculos en algunos casos insalvables o bien, que requieren mucho tiempo y esfuerzo para ser superados».
- Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de 2015<sup>49</sup>, que admite un recurso de revisión interpuesto por una mujer sentenciada por un delito de infracción a la ley de psicotrópicos en su modalidad de introducción de droga a un centro penitenciario, quien solicita una disminución de la pena por su condición de pobreza y consecuente situación de vulnerabilidad. La Sala señaló que en el marco del control de convencionalidad «deben aplicarse principios, derechos y garantías, contenidos en los diversos instrumentos internacionales que se tutelan, como por ejemplo el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, así como la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer».
- Sentencia del Tribunal Agrario de 2014<sup>50</sup> que declara su incompetencia para resolver una sucesión sometida a su conocimiento porque el bien objeto del haber sucesorio es un terreno dentro de

---

47. Juzgado de Familia, Desamparados. Proceso Alimentario No. 10-000530-256 PA. Sentencia de las 15 horas del 25 de noviembre de 2010.

48. El Código de Familia señala que solamente una vez reconocida la unión de hecho, procede el cobro de alimentos pero además, que tal reconocimiento solamente es posible una vez finalizada la unión y que tal reconocimiento debe ser realizado únicamente ante la jurisdicción de familia.

49. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2015-00364. Expediente 14-000051-0006-PE de las 10:07 horas del 27 de febrero de 2015.

50. Tribunal Agrario. Circuito Judicial de San José. Exp. 11-160156-0465-AG. Proceso Sucesorio. Voto N° 517-C-14 de las 11:48 horas del 25 de junio de 2014.

una reserva indígena. El Tribunal, con fundamento en el Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, específicamente el caso Mayagna, y leyes nacionales, señaló que «se deben respetar los usos y costumbres de las comunidades indígenas, que como en el presente caso, con su autonomía y decisión dispone de un fuero especial constitucional e internacionalmente tutelado para dirimir sus conflictos de propiedad». Por ello, debe respetarse el acuerdo de la comunidad Bribrí sobre la disposición del terreno en cuestión, atendiendo a la naturaleza y autonomía que rodea la propiedad común indígena.

- Sentencia del Juzgado de Familia<sup>51</sup> de 2015, que reconoce la unión de hecho de dos personas del mismo sexo, con base en la Ley General de la Persona Joven, en la Ley General sobre VIH-SIDA, en la Constitución Política, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Convención Iberoamericana de derechos de los jóvenes, en la Declaración Universal sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En la sentencia se señala que «es un deber del juez de ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas en asocio y consideración de convenios internacionales debidamente ratificados, y en lo que respecta a Derechos Humanos, en voto 9685-2000 de la Sala Constitucional, estableció que cualquier otro instrumento que tenga naturaleza propia de protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país incorporados aun sin ratificación». Se agrega además el deber del juez de aplicar las fuentes del derecho en atención a los casos sometidos a su jurisdicción, que venga a sustentar como norte el principio de la dignidad humana, sin distinción de raza, credo, color de piel, orientación sexual, afinidad política, o religiosa. Para el juzgador es importante proteger el matrimonio pero no deben invisibilizarse las diferentes modalidades de familia. En

---

51. Juzgado de Familia, II Circuito Judicial de San José, Montelimar. Exp. 13-001709-0165-FA Proceso de Reconocimiento de Unión de Hecho. Sentencia N° 270-15 de las 8:00 del 15 de abril de 2015.

el presente caso se analiza la aplicación de la Ley General de la Persona Joven que da la oportunidad a las personas jóvenes de pedir el reconocimiento de su unión de hecho, sin discriminación de ningún tipo, pero la misma norma pone el requisito de aptitud legal para contraer matrimonio, que está limitado a hombre y mujer, lo cual, de manera indirecta, impide la concreción del derecho que la ley da, como lo es reconocimiento a la unión de hecho, sin distinción alguna. Se constata una limitación al derecho por la sola razón de que son dos varones y no un varón y una mujer. Por ello el juzgado, en aplicación de los principios de convencionalidad, interpretación evolutiva, no discriminación, derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce la Unión de Hecho.

- Sentencia del Tribunal de Familia de 2015<sup>52</sup>, que revoca parcialmente la resolución recurrida para, en su lugar, disponer medidas no al amparo de los artículos 847 a 853 del Código Procesal Civil de 1989, sino bajo la doctrina de la Convención sobre las Personas con Discapacidad. Para el Tribunal, esta norma internacional genera un cambio paradigmático que obliga a ajustes legislativos, pues el modelo de sustitución que contiene la normativa tradicional, como es el caso de la insania y la curatela, debe ser superado y mutado a un modelo de apoyos. Pero como esos cambios legislativos no han ocurrido, es obligación del juzgador reinterpretar las normas nacionales a la luz de la normativa internacional. El caso tiene la particularidad de que la persona respecto de la cual se ha pedido la declaratoria de insania se encuentra en una zona en que sus capacidades le permiten la ejecución de tareas y un estilo de vida de menor complejidad. La persona que acá interesa, en lo sencillo puede desenvolverse, más en lo complejo requiere apoyo; apoyo en los términos de la Convención. Por lo tanto, se revoca la resolución recurrida, y en su lugar se declara parcialmente con lugar la solicitud, pero en la forma que se dirá: Se declara al señor XX

---

52. Tribunal de Familia, Exp. 33- 15 13-000612-0165-FA, año 2015.

en ejercicio pleno de su personalidad jurídica y podrá/deberá tomar toda decisión que comprometa su responsabilidad familiar en actos que requieran su consentimiento, por ejemplo el reconocimiento de hijos o hijas, o bien actos o contratos que comprometan su patrimonio por una suma mayor a cincuenta mil colones, con el apoyo para tales actos de su madre. En el caso de que el señor XX realizara actos jurídicos sin el apoyo ordenado en el fallo para la comprensión del acto que se trate, esos actos serán tenidos por absolutamente nulos. En caso de conflicto de intereses entre XX y la persona que efectúa el apoyo, cualquiera de ellos podrá pedir la intervención inmediata del Juzgado de primera instancia.

Apreciamos con estos ejemplos que en Costa Rica se está consolidando una tendencia, entre juzgados y tribunales, hacia la aplicación del orden supranacional, y con ello una aplicación más sistemática y técnica del control de convencionalidad, aportando a una cultura jurídica donde el derecho nacional y el derecho internacional se complementan rompiendo, lenta pero firmemente, el esquema legalista que ha predominado hasta ahora.

*b) Desafíos para una implementación efectiva del control de convencionalidad*

La influencia de la Sala Constitucional ha sido contundente para la operación de cambios en la práctica judicial a la luz de los derechos humanos. Actualmente, hay cada vez más jueces y juezas que van interiorizando los derechos humanos en su análisis e interpretación normativa y, con ello, procuran más garantías y mayor protección. Pero la implementación efectiva del control de convencionalidad en Costa Rica enfrenta serios desafíos.

Uno de carácter formal es la obligación impuesta por la Sala Constitucional de consultar, tal y como se consulta la constitucionalidad de una norma, según fue expuesto supra. Esta obligación ha llevado a algunos jueces y juezas a consultar y, por ende, a abs-

tenerse de aplicar en forma directa el control de convencionalidad, aun en casos de absoluta relevancia donde están en juego valores y principios garantistas, sin que la Sala responda prontamente a la consulta. Un ejemplo puntual es la consulta realizada por el Juzgado de Familia de Desamparados en julio de 2014<sup>53</sup> En síntesis, el motivo de la consulta es determinar si la autorización legal del matrimonio de persona mayor de quince años, pero menor de dieciocho, es contraria a la Constitución, a la Convención sobre los Derechos del Niño, a la CEDAW y a la Declaración Universal de Derechos Humanos, máxime cuando desde el ámbito internacional se ha recalcado la importancia de intensificar esfuerzos para prevenir y eliminar el matrimonio impropio, temprano, infantil, precoz y forzado, impulsándose que la edad mínima para contraer matrimonio sea dieciocho años. La juzgadora en este caso se plantea: «Por qué el matrimonio precoz o prematuro no es en nuestro ordenamiento una institución contraria a la salud integral de las personas menores de edad tal como dispone el artículo 24.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño? ¿Por qué el matrimonio prematuro no es una forma de violencia sexual tal como dispone la Convención de Belén Do Pará? ¿Por qué es constitucional un matrimonio en esas circunstancias etarias? ¿En qué beneficia al interés superior de la persona menor de edad, que el ordenamiento jurídico costarricense contemple como válido el matrimonio infantil, precoz o prematuro?». La juzgadora también se plantea: «Mis facultades como juzgadora no me alcanzan para dejar de aplicar la ley aunque dudo profundamente de su constitucionalidad así como, de que se encuentre en armonía con la Convención sobre los Derechos del Niño». Para cuando se escribió este artículo (agosto 2015), la consulta no había sido resuelta por la Sala Constitucional.

Otro desafío, vinculado al anterior, es el temor entre operadores y operadoras de justicia a una sanción por aplicar el control de con-

---

53. Juzgado de Familia. Desamparados. Expediente N° 13-400498-637FA. J.H.R.F. y R.C.Q. Número: 515-14 de las 10:00 horas del 21 de julio de 2014.

vencionalidad. La ley Orgánica del Poder Judicial prevé sanciones disciplinarias para los jueces que interpreten las leyes y otras normas en forma contraria a la Constitución y al derecho internacional o comunitario. El artículo 8 establece: «... Los funcionarios que administran justicia no podrán: 1.- Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país. Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional. Tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional...».

Aparte de la posible sanción disciplinaria que se impondrá al funcionario o funcionaria, el hecho podría ser puesto en conocimiento del Ministerio Público. Por lo tanto, es más fácil y seguro utilizar los fallos de la Sala Constitucional que invocan la normativa internacional de derechos humanos que hacer efectivo, en forma directa, el control de convencionalidad. El temor a ser sancionado es un importante obstáculo a la obligación del juzgador de velar por el efecto útil de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos interamericanos y universales.

También está el desafío de superar el temor a lo diferente. El control de convencionalidad implica pasar de operador a intérprete pero, para ello, es necesario conocer la normativa internacional de derechos humanos, la interpretación que de ella han hecho los mecanismos internacionales llamados a interpretarla, y los principios de los derechos humanos. Pero, según las y los funcionarios entrevistados, ese conocimiento no ha sido ni promovido ni asimilado institucionalmente. Por tanto, se requiere incentivar un conocimiento real sobre la normativa internacional de derechos humanos y mayor divulgación del Control de Convencionalidad en todas las instancias del Poder Judicial: Defensa Pública, Ministerio Público y Judicatura.

#### 4. CONCLUSIONES

- a) La Sala Constitucional ha sido un instrumento significativo para impulsar en Costa Rica el derecho internacional de los derechos humanos, y en su quehacer ha institucionalizado y llevado a la práctica el control de convencionalidad respecto de normas, declaraciones y principios internacionales de derechos humanos. La Sala reconoce estas normas, declaraciones y principios como fuente normativa autónoma y, por ello, plena y directamente aplicables para la resolución de un asunto sometido a su conocimiento, incluso por sobre disposiciones constitucionales.
- b) El control de convencionalidad en relación con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, hasta ahora, ha dependido del balance de posiciones mayoritarias entre las y los magistrados de la Sala Constitucional, lo cual no garantiza la efectividad y sostenibilidad del mecanismo. En lo que sí hay uniformidad de criterio es en que la jurisprudencia de la Corte Interamericana no será vinculante en el sistema de justicia constitucional costarricense, cuando el estándar de protección del derecho interno con respecto a una determinada libertad sea superior al estándar internacional.
- c) La imposición de la Sala Constitucional a jueces y juezas de someter a consulta ante ella por dudas fundadas sobre la convencionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento, inhibe a jueces y juezas a aplicar las disposiciones de los tratados interamericanos. Les limita su obligación de hacer respetar lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta directriz contradice la jurisprudencia de la Corte Interamericana, por un lado, y por otro, obstaculiza la resolución de la supuesta controversia normativa al no desarrollar mecanismos expeditos que le permitan resolver oportunamente esas consultas.

- d) Debería ser claro para jueces y juezas en Costa Rica que pueden desaplicar una ley respecto de la cual estiman, con certeza, que es contraria a la normativa internacional de derechos humanos. No obstante, la interiorización y desarrollo de la normativa internacional de los derechos humanos responde, entre operadores y operadoras de justicia, a una sensibilización e interés personal que, dichosamente, ha ido contagiando a un número ascendente de jueces y juezas, fiscales, magistrados, magistradas y defensoras y defensores públicos; ello permite que el desarrollo práctico de esta normativa se vaya consolidando y con ello la implementación del control de convencionalidad.

## VII

### EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN PANAMÁ

Salvador Sánchez G.

#### 1. ANTECEDENTES

Panamá suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) en la propia Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada en San José, en 1969. La Ley que aprobó la CADH fue expedida en 1977<sup>1</sup>, y la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CoIDH) se aceptó en 1990, recién concluido el régimen militar (1968-1989).

Desde entonces, la relación entre el sistema interamericano y el derecho interno panameño no ha hecho sino volverse generalizada e intensa<sup>2</sup>, lo que queda ilustrado especialmente por las cinco sentencias contra la República de Panamá emitidas por la CoIDH, hasta la fecha en que este texto se escribe<sup>3</sup>. Esa realidad exige prestar especial atención a los pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (en adelante

---

1. Mediante Ley 15 de 28 de octubre de 1977.

2. Para un recuento exhaustivo, hasta 2007, ver el excelente libro: PIZARRO SOTOMAYOR, Andrés. *Panamá frente al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, Panamá, 2007.

3. *Baena Ricardo y otros v. Panamá* (2 de febrero de 2001), *Heliodoro Portugal v. Panamá* (12 de agosto de 2008), *Santander Tristán Donoso v. Panamá* (27 de enero de 2009), *Vélez Loor v. Panamá* (Sentencia de 23 de noviembre de 2010) y *Pueblos Indígenas Kuna de Mandungandi y Emberá de Bayano y sus miembros v. Panamá* (14 de octubre de 2014).

SIDH). En ese sentido, el presente trabajo aborda la recepción en Panamá de una de las doctrinas actuales de la CoIDH: la doctrina denominada «control de convencionalidad». Al respecto, se intentará responder las siguientes preguntas que me han sido propuestas:

- a) ¿Existen normas constitucionales, de justicia constitucional u otras normas secundarias que reconocen explícita o implícitamente el control de convencionalidad?
- b) ¿Existen ejemplos de casos concretos en los que se ha ejercido el control de convencionalidad?
- c) ¿Cuáles son los desafíos que se presentan para un ejercicio efectivo del control de convencionalidad en el ámbito interno?

Mis respuestas quedarán expresadas en una aproximación que incluye la discusión del concepto control de convencionalidad, la ubicación del derecho internacional de los derechos humanos en la estructura de fuentes del derecho en Panamá, y los casos concretos de aplicación judicial del control de convencionalidad en este país.

## 2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La frase control de convencionalidad admite dos usos, que aparecen sucesivamente en la jurisprudencia de la CoIDH: la de control de convencionalidad externo (control en sentido propio, internacional) e interno (control en sentido impropio, nacional).

Originalmente, la frase control de convencionalidad quedó recogida en votos concurrentes a las sentencias de la CoIDH, y se refería al control de convencionalidad en sentido propio, es decir, a la tarea que realiza la propia CoIDH al contrastar la actuación de los Estados frente a las obligaciones dimanadas de la CADH, y otros convenios internacionales.

Posteriormente, en el marco de sus sentencias, la CoIDH se refirió a una obligación de las autoridades judiciales nacionales de realizar «una especie de control de convencionalidad», obligación que luego se ha desarrollado, y se ha extendido a todos los órganos del Estado.

Aunque la fijación del alcance de esa obligación no ha adquirido completa estabilidad en la jurisprudencia interamericana, está claro que los puntos de partida son:

- a) El principio *pacta sunt servanda* (artículo 26 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados).
- b) La imposibilidad de argumentar el derecho interno como justificación del incumplimiento del derecho internacional (artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados).
- c) La obligación general de respetar y garantizar los derechos reconocidos (artículo 1.1 de la CADH) y de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la CADH).
- d) El principio *pro-persona* (según se desprende del artículo 29 de la CADH).

No está de más advertir, sin embargo, que no adhiero a la forma en que esta doctrina ha sido desarrollada por la CoIDH, y que este artículo es, en ese sentido, tanto descriptivo como crítico.

### *Control de Convencionalidad externo*

En el sentido más amplio posible, todo órgano internacional que deba controlar la adecuación de la conducta de los Estados Parte a un instrumento convencional internacional, hace control de convencionalidad externo. La CoIDH es de los órganos internacionales que hacen control jurisdiccional externo, en su caso, principalmente, del cumplimiento de la CADH<sup>4</sup>.

El uso del concepto «control de convencionalidad» aparece en el voto concurrente emitido por el Juez Sergio García Ramírez en

---

4. También de otros instrumentos similares, integrantes del *corpus juris* convencional interamericano de los derechos humanos, de los que es parte el Estado panameño: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belem do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, por ejemplo.

el caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala*<sup>5</sup>, reflexión que continuó en otros votos concurrentes.

Más adelante la dimensión externa del control de convencionalidad dio paso a la introducción de un control de convencionalidad interno. Es a este último al que me referiré a continuación.

### *Control de Convencionalidad interno*

Con posterioridad a la utilización del primer sentido señalado de la frase «control de convencionalidad», esta pasó a implicar una tarea realizada por las autoridades judiciales nacionales. Así, la CoIDH, en el Caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, expresó que el Poder Judicial debe ejercer «una especie de control de convencionalidad» entre las normas internas y la CADH, teniendo en cuenta tanto el tratado mismo como la interpretación que del mismo ha hecho la CoIDH<sup>6</sup>. Dice la Corte en *Almonacid*:

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

---

5. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. En sentido similar, en el voto razonado, emitido en el caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, donde además compara el control de constitucionalidad de los tribunales constitucionales nacionales con el control de convencionalidad que realiza la CoIDH.

6. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

*Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*<sup>7</sup> (énfasis mío).

Esta primera consagración presenta entre sus rasgos lo que parecía una ambigua caracterización de la obligación estatal de hacer cumplir la CADH como «una especie» de control de convencionalidad. En realidad, la advertencia parecía necesaria para distinguir la «especie» de control de convencionalidad interno, de la conocida dimensión de control de convencionalidad externo.

En la sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso v. Perú*<sup>8</sup>, en la que la CoIDH agregó:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces 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 pertinentes.* 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 supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones<sup>9</sup> (énfasis mío).

---

7. De igual forma se pronunciará en el caso *La Cantuta v. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Postura luego replicada en el caso *Boyce v. Barbados*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007.

8. Sentencia del 24 de noviembre de 2006.

9. Doctrina ratificada luego en *Fermín Ramírez v. Guatemala*. Sentencia de 20 de junio de 2005 y en *Raxcacó Reyes v. Guatemala*. Sentencia del 9 de mayo de 2008.

En *Heliodoro Portugal v. Panamá*<sup>10</sup> la CoIDH no reproduce los dos rasgos identificados como propios de la primera etapa (*una especie de control ni el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana*), ni asume las complejidades de la propuesta de la etapa abierta por Trabajadores Cesados del Congreso (control *ex officio* y en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes). Sin embargo, la CoIDH continuó elaborando sobre la justificación del control de convencionalidad interno.

En el caso *Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos*<sup>11</sup>, la CoIDH vuelve a alinearse en el sentido de Trabajadores Cesados del Congreso, y reiteró que el «Poder Judicial» debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

El concepto continuó evolucionando. En el caso *Rosendo Cantú y otra v. México*<sup>12</sup>, ya se perfila el uso simultáneo de dos afirmaciones clave: la obligación de cumplir la CADH, y el deber de las autoridades nacionales con funciones jurisdiccionales de garantizar ese cumplimiento a través del control de convencionalidad. Veremos que Cantú será uno de los fundamentos del caso *Vélez Loor v. Panamá*<sup>13</sup>, en el que la CoIDH señaló:

287. Asimismo, cabe resaltar que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, quienes ejercen funciones jurisdiccionales 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 de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones*

---

10. Sentencia de 12 de agosto de 2008.

11. Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

12. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

13. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

*jurisdiccionales 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 (énfasis mío).*

Como se observa, en este pronunciamiento la CoIDH reitera el traslado de la responsabilidad por el control de convencionalidad interno, del Poder Judicial, a todos los órganos que ejerzan funciones jurisdiccionales<sup>14</sup>. El interés que reviste este pronunciamiento es enorme. Para Panamá, especialmente, porque además de ampliar la obligación específica de controlar la convencionalidad a todas las autoridades que ejerzan funciones jurisdiccionales, es el primero dirigido a Panamá que señala que ese control debe hacerse *ex officio*.

Solo un día después, en el caso *Gomes Lund y Otros v. Brasil*<sup>15</sup> la CoIDH indicó, aparentemente, que todos los órganos del Estado tienen esa responsabilidad:

176. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.

Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, *todos sus órganos, incluidos sus jueces*, también están sometidos a aquel, *lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos*. El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un «control de convencionalidad» *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco

---

14. Para esta determinación la CoIDH cita *Almonacid Arellano v. Chile, Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia, Rosendo Cantú y otra v. México*.

15. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.

de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (énfasis mío)<sup>16</sup>.

En definitiva, la jurisprudencia de la CoIDH sobre control de convencionalidad no presenta ni la estabilidad deseada ni los fundamentos necesarios, pero no se puede ignorar en la reflexión sobre el SIDH, y sobre la garantía de los derechos en todo el continente.

### 3. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN PANAMÁ

El problema del control de convencionalidad ha sido examinado localmente en múltiples congresos y conferencias, y en algunas publicaciones de autores extranjeros<sup>17</sup>. El caso específico de su

---

16. También en *Cabrera García y Montiel Flores v. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010; en *Gelman v. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011; y *Masacre de Santo Domingo v. Colombia*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. En el caso *Gelman v. Uruguay*, en un lenguaje algo distinto, la CoIDH señaló que controlar la convencionalidad «es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial» (párr. 239).

17. BAZÁN, Víctor. «Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas». En *Revista Panameña de Política*. CIDEM, Panamá, Enero-junio de 2012, pp. 69-107. Igualmente, AYALA CORAO, Carlos. «El diálogo jurisprudencial entre los Tribunales internacionales de derechos humanos y los Tribunales constitucionales». En BARRIOS GONZÁLEZ, Boris (Coord.). *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*. Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución. Panamá, 2012. Igualmente en tres trabajos publicados en BARRIOS GONZÁLEZ, Boris (Coord.). *Ejercicio y Tutela de los Derechos Fundamentales en América Latina*. Memorias del 2do. Congreso Panameño de Derecho Procesal Constitucional. Panamá, 2013; VILLALBA BERNIE, Pedro. «Control de Convencionalidad y Control de Constitucionalidad», pp. 315-354; MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime. «El Control de Convencionalidad y los Órganos Jurisdiccionales», pp. 355-380; HERRERÍAS

aplicación en la República de Panamá ha sido abordado por muy pocos autores, y de forma muy desigual<sup>18</sup>. El interés en el tema, como no puede ser de otra forma, es sin embargo cada vez mayor.

El problema objeto de este trabajo nos exige identificar aquellas normas, constitucionales o secundarias, que reconocen explícita o implícitamente el control de convencionalidad. Esto implica, a mi entender, que expliquemos la posición de los convenios internacionales de derechos humanos en la estructura de fuentes del derecho panameño, y la capacidad de las autoridades nacionales para aplicar esos convenios de manera directa.

Inicio señalando que la Constitución Política de 1972 llegó a disponer el rechazo de la aplicación del derecho internacional en algunas circunstancias. El artículo 4 decía literalmente que Panamá «acatará las normas universalmente reconocidas del derecho internacional que no lesionen el interés nacional».

Esa posición se veía explicada en el interés de negar validez a la cláusula de perpetuidad del Tratado del Canal Interoceánico de 1903, suscrito con los Estados Unidos de América. La posición fue

---

CUEVAS, Ignacio Francisco. «Consecuencias directas e indirectas del control de constitucionalidad», pp. 381-436; Además, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. «Convencionalidad y Derecho Administrativo». En *Temas Actuales de Derecho Administrativo*. Procuraduría de la Administración. Panamá, 2014, pp. 33-71 y HITTERS, Juan Carlos. «Control de Convencionalidad (Adelantos y Retrocesos)». En *Memorias. XII Congreso Panameño de Derecho Procesal*. Panamá, 2015, pp. 673-707.

18. Por ejemplo, ver: BARRIOS GONZÁLEZ, Boris. *El amparo contra actos de particulares: o la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Universal Books. Panamá, 2012; MEJÍA EDWARDS, Jerónimo. «Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad en Panamá». En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 467-488; BARRIOS, Boris. «El control difuso de convencionalidad y su eficacia en el ejercicio de la jurisdicción penal». Ponencia presentada y sustentada en el «I Congreso Argentino de Derecho Procesal Constitucional», celebrado en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 26 de Junio de 2013; y DAUD, Mahmad. «El Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su Aplicación en Panamá». Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. [http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2014/06/LIBRO\\_DAUD\\_2\\_Actualizado\\_Junio\\_2014\\_.pdf](http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2014/06/LIBRO_DAUD_2_Actualizado_Junio_2014_.pdf)

luego atenuada en las reformas constitucionales de 1983, luego de la firma de los nuevos tratados del Canal de Panamá. El nuevo artículo 4 señaló entonces (y continúa señalando aún hoy) que Panamá «... acata las normas del Derecho Internacional».

En la estructura de fuentes, sin embargo, el principio medular es la incorporación del derecho internacional convencional al derecho interno, a través de leyes aprobatorias<sup>19</sup>. Esto significa que los convenios internacionales, en general, tienen jerarquía legal en la República de Panamá. La aplicación simultánea de normas legales que aprueban tratados y normas legales comunes, ha dado pie a alguna jurisprudencia que establece la aplicación preferente de los convenios internacionales en caso de conflicto con otras normas legales comunes<sup>20</sup>. También hay alguna jurisprudencia que considera inconstitucional la violación de un tratado, independientemente de su tipo<sup>21</sup>.

Sin embargo, los convenios internacionales en materia de derechos humanos han sido objeto de una jurisprudencia específica.

---

19. Tal y como lo dispone actualmente el numeral 3 del artículo 159 de la Constitución Política.

20. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte, de 7 de diciembre de 1990 en la que dijo: «En un conflicto entre dos leyes, prevalece la ley que contiene un convenio internacional, ya que Panamá está obligada a acatar las normas del derecho internacional, tal como lo establece el artículo 4º de nuestra Constitución». En Panamá las leyes se clasifican en ordinarias y orgánicas. Me refiero en este trabajo a leyes «comunes» para referirme a las leyes que no adoptan convenios internacionales, y distinguirlas de las que sí lo hacen.

21. Demanda de inconstitucionalidad presentada por el licenciado Julio Berrios Herrera contra la Ley no. 78 de 11 de diciembre de 2009, «Que deroga las leyes que aprueban los instrumentos internacionales relativo al Parlamento Centroamericano». Ponente: Harry A. Díaz. Panamá, dos (2) de febrero de dos mil doce (2012). Dice la Corte: «En el caso particular, la infracción del texto constitucional citado, se produce desde el momento en que la Asamblea Nacional, emite una ley que... conlleva el incumplimiento de compromisos internacionales adquiridos por nuestro país, al celebrar tratados internacionales». Sin detenerme en los numerosos aspectos reseñables de este pronunciamiento, rescato el dato de que para llegar a esa conclusión se apoya en el primer párrafo del artículo 17 de la Constitución.

Una de las más importantes doctrinas asumidas por la Corte Suprema de Justicia de Panamá, desde inicios de la década de los noventa del siglo pasado, fue la del bloque de la constitucionalidad, uno de cuyos elementos es el derecho internacional de los derechos humanos<sup>22</sup>.

Se trató del cambio del concepto de constitución utilizado por la Corte Suprema de Justicia, pues la doctrina del bloque de la constitucionalidad reconoce como parte de la Constitución Política piezas adicionales al texto producido por el constituyente. Entre esas piezas se incluyen los convenios internacionales en materia de derechos humanos, suscritos y ratificados por la República, según lo fuera decidiendo la Corte Suprema de Justicia<sup>23</sup>. Quienes impulsaron la introducción de este elemento en particular de la doctrina del bloque, la apoyaron en el artículo 4 de la Constitución ya citado, que señala que Panamá acata las normas de derecho internacional.

Pese a sus numerosas y graves inconsistencias, la doctrina del bloque se utilizó por varias décadas en su versión inicial. En lo pertinente a esta sección, y luego de algún retroceso inicial<sup>24</sup>, el bloque se aplicó sin explicar satisfactoriamente por qué se integraban a la constitución solo convenios de derechos humanos y no todo el derecho internacional convencional (aunque el artículo 4 de la Constitución no distinguía unos de los otros). La jurisprudencia nacional tampoco pudo explicar satisfactoriamente por qué solo unos

---

22. Al respecto, puede leerse: HOYOS, Arturo. *Interpretación Constitucional*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1993. En un sentido crítico: SÁNCHEZ, Salvador. *Crítica a la Doctrina del Bloque de la Constitucionalidad*. Ediliber, Colección de Derecho Constitucional, N° 5, febrero de 2009 (2da edición, 2010).

23. Así, el artículo 8 de la CADH fue reconocido tempranamente como parte del bloque de constitucionalidad panameño. Sentencia de 28 de septiembre de 1990 y de 8 de noviembre de 1990.

24. En sentencia del 23 de mayo de 1991 se declaró nuevamente a los convenios internacionales de derechos humanos como de jerarquía legal, al negarse la Corte Suprema de Justicia a integrar al bloque de constitucionalidad los convenios 87 y 98 de la OIT.

pasajes de algunos convenios de derechos humanos, y no todos, podían integrar el bloque de la constitucionalidad. En la práctica, la opción de la Corte Suprema de Justicia reflejaba su intención tutelar *ab libitum* los derechos humanos, y en concreto, excluir de esa tutela los derechos económicos, sociales y culturales.

Simultáneamente, instrumentos de derechos humanos del sistema universal fueron integrados al bloque de la constitucionalidad. La Convención de los Derechos del Niño fue incluida en el bloque de la constitucionalidad en 1996<sup>25</sup>.

También es cierto que la Corte Suprema de Justicia llegó a declarar la inconstitucionalidad por violación de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>26</sup>. Es decir, que reconoció que su articulado podía integrarse a la Constitución Política, aunque no se trataba de un instrumento internacional convencional (lo que parecía contradecir uno de los presupuestos enunciados de la doctrina del bloque de constitucionalidad panameño). La Corte también ha decidido des-constitucionalizar artículos de la Declaración Universal integrados previamente en el bloque de constitucionalidad. Así, le ha reconocido jerarquía legal, posteriormente a reconocerlo parte del bloque, al artículo 7 de la Declaración Universal<sup>27</sup>. También,

---

25. En sentencia de 20 de marzo de 1996.

26 Demanda de inconstitucionalidad formulada por Mariblanca Staff contra una frase contenida en el numeral 2 y el ordinal 1 del numeral 10 del artículo 212 del Código de la Familia. Magistrado ponente: Carlos E. Muñoz Pope. Panamá, doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995). En esta ocasión la Corte Suprema decidió que los artículos 7 y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos quedaban integrados en el bloque de constitucionalidad.

27. Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 2 del artículo 1939 del Código Judicial, presentada por el ldo. Carlos Ayala Montero. Ponente: Oyden Ortega Durán. Panamá, diez (10) de septiembre dos mil ocho (2008). La Corte Suprema de Justicia consideró no viable la demanda de haber sido violado el artículo 7 de la Declaración Universal por ser esta una disposición que reproducía el artículo 19 de la Constitución Política, de forma que decidía no integrarlo en el bloque de constitucionalidad y reconocerle jerarquía legal. Al hacerlo, y dado que el control de legalidad corresponde a otro tribunal, se dio curso a la desestimación de la causa.

en otro giro, ha pretendido la primacía del derecho internacional, sin distinción<sup>28</sup>.

Por lo tanto, al reflexionar sobre la posición de los instrumentos del SIDH en la estructura de fuentes del derecho panameño, debemos reconstruir el objeto de nuestro interés, sin confundirlo con la totalidad del problema de la ubicación del derecho internacional en general, ni con la operación del derecho internacional de los derechos humanos en general. En todo caso, si todo el derecho internacional queda constitucionalizado, eso incluye a los instrumentos que consagran derechos humanos.

Tras la reforma constitucional de 2004 se presentó una oportunidad especialmente propicia de modificar la lógica inicial de la doctrina del bloque. Al introducirse el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Política que establece que los «derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona», la Corte Suprema de Justicia entendió que se expandía la garantía de los derechos humanos reconocidos en los convenios internacionales. A lo largo de varios pronunciamientos, ha caracterizado el segundo párrafo del artículo 17 citado, como cláusula de «derechos innominados»<sup>29</sup>.

---

28. Acción de inconstitucionalidad presentada por el Dr. Miguel Antonio Bernal, contra el último párrafo del artículo 257 del Código Electoral, tal como fue aprobado mediante la ley 60 de 29 de diciembre de 2006. Ponente: Oydén Ortega Durán. Panamá, veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014).

29. Acción de inconstitucionalidad presentada por la licenciada Lalila Castillo Arjona, en nombre y representación de Victor Juliao Toral contra el primer párrafo del artículo 113, acápite f del decreto ejecutivo no. 640 de 27 de diciembre de 2006, publicado en la gaceta oficial 25,701 de lunes 29 de diciembre de 2006. Ponente: Gabriel E. Fernández M., Panamá, veintisiete (27) de diciembre de dos mil doce (2012). Advertencia de Inconstitucionalidad presentada por el Licdo. Dionys Ulloa Gutiérrez, en representación de Arquímedes Batista Ortega, dentro del proceso penal que se le sigue al advirtiente por el delito contra el patrimonio, en perjuicio de Guillermo Espino Montenegro. Ponente: José E. Ayú Prado Canals. Panamá, catorce (14) de abril de dos mil catorce (2014). También: Advertencia de inconstitucionalidad presentada por el licenciado Teófanés López Ávila, en

Lamentablemente, la reflexión académica que ha generado ha sido escasa<sup>30</sup>. Algunos han visto en ella una cláusula abierta (o de derechos no enumerados). En ese sentido, Iris Díaz de Nicolás señala que el contenido del segundo párrafo del artículo 17 sería una «... cláusula abierta o de derechos no enumerados, que crea un bloque constitucional de derechos que incluye:

- a) Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución;
- b) Las garantías que consagra el texto constitucional para la protección de los derechos fundamentales y la dignidad de la persona;
- c) Las regulaciones que se encuentran fuera del texto constitucional que desarrollen derechos fundamentales o incidan sobre ellos, tutelándolos de forma más amplia que el texto constitucional;
- d) Los derechos humanos que no figuran en el texto constitucional pero que aparecen regulados en tratados internacionales reconocidos por Panamá y que inciden sobre la dignidad de la persona; y

---

nombre y representación del Dr. Calixto Malcom, contra el artículo 192 del Código Penal, dentro del proceso penal por delito contra el honor promovido por Calixto Malcom, contra Juan David Morgan González. Ponente: José E. Ayú Prado Canals Panamá, once (11) de abril de dos mil catorce (2014).

30. Ver al respecto: MEJÍA EDWARDS, Jerónimo. «Estatus de los Derechos Humanos en el Derecho Interno Panameño luego de las Reformas Constitucionales de 2004». En CUAREZMA TERÁN, Sergio y Pichardo, Rafael Luciano (Dir.). *Nuevas Tendencias: Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*. INEJ, Managua, 2011, pp. 663-692. Más recientemente: DÍAZ DE NICOLÁS, Iris. «Actualidad normativa y jurisprudencial del artículo 17 de la Constitución». En SÁNCHEZ, Salvador (Ed.). *César A. Quintero Correa (1916-2003). Libro Homenaje*. CIDEM/IIDC-Panamá, Panamá, 2013, pp. 175-185. También en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Salvador. «Los DESC en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá». En CARBONELL, Miguel, FIX-FIERRO, Héctor y otros. *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, tomo V, vol. 2, UNAM, México, 2015, pp. 423-451, en especial pp. 434 y ss.

- e) Las garantías que consagran los tratados internacionales de derechos humanos para la protección de los derechos fundamentales, estén reconocidas o no en la Constitución»<sup>31</sup>.

La técnica de la cláusula de derechos innominados ha sido una de varias que han potenciado los derechos humanos en el derecho constitucional comparado. Junto a ella, el reconocimiento de valor normativo fuerte a disposiciones tradicionalmente descritas como programáticas (incluyendo la supresión de la reserva de desarrollo legal para garantizar la eficacia de los derechos), o la constitucionalización expresa de convenios internacionales de derechos humanos, operan en sentido semejante<sup>32</sup>. Sin embargo, una cláusula que reconoce que el catálogo de derechos presente en la Constitución escrita no supone límite a la existencia de otros derechos, no reconoce por sí sola otros derechos ni su alcance<sup>33</sup>.

En sentencia de amparo del 21 de agosto de 2008<sup>34</sup> se elabora una lectura conjunta de los artículos 4, 17 y 54 de la Constitución Política (que consagra el amparo panameño) y los artículos 1 (obligaciones generales de respetar los derechos y garantizar su

---

31. DÍAZ DE NICOLÁS, Iris. «Actualidad normativa y jurisprudencia del artículo 17 de la Constitución»... *op. cit.*, p. 183.

32. BREWER CARÍAS, Allan R. «Nuevas Reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado Democrático de Derecho». En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo I, KAS, 2007, pp. 63-120.

33. La misma fuente doctrinal que distingue entre cláusula de derechos innominados y constitucionalización de los convenios internacionales de los derechos humanos, ha sido citada por la Corte Suprema de Justicia. Ver: Acción de inconstitucionalidad presentada por el Dr. Miguel Antonio Bernal, contra el último párrafo del artículo 257 del Código Electoral, tal como fue aprobado mediante la ley 60 de 29 de diciembre de 2006. Ponente: Oydén Ortega Durán. Panamá, veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014).

34. Amparo de Garantías Constitucionales presentado por el Licenciado Guillermo Castañeda en representación de Roxana Alejandra Cárcamo contra la orden de hacer contenida en el Auto número 3333 de 21 de febrero de 2005, dictada por el Juzgado Ejecutor del Instituto para la Formación y Aprovechamiento de los Recursos Humanos (IFARHU).

ejercicio sin discriminación), 25 (que consagra el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo para la garantía de los derechos humanos) y 29 (sobre normas de interpretación) con el objeto de extender la viabilidad del amparo contra todo «acto» de autoridad pública.

La sentencia aludida inicia una nueva época para el amparo. Sin embargo, no deja de presentar problemas como antecedente. Por un lado, es necesario señalar que es una sentencia de amparo que no se concede al accionante. Por otro lado, la parte motiva de la sentencia manifiesta que a través del amparo pueden tutelarse derechos humanos reconocidos en la CADH y en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá (atribuyendo erróneamente esa amplitud al artículo 25 de la CADH). En realidad, es la remisión *a la ley* en el texto del artículo 25 de la CADH la que abre en Panamá la puerta a la expansión a la totalidad del *corpus iuris* convencional de protección a los derechos humanos mediante el amparo<sup>35</sup>. Por último, dos de nueve magistrados salvaron su voto, y lo hicieron discrepando sobre la relación entre la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos esgrimida por la mayoría, y que dio pie al nuevo alcance del amparo en Panamá.

También se argumenta que este fallo inicia una nueva época en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos como parte de la doctrina del bloque de constitucionalidad. Si como antecedente del nuevo amparo la sentencia comentada presenta dificultades, es mucho menos claro su rol como antecedente de la nueva etapa de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en Panamá. Como puede observarse, los textos

---

35. Ley 32 de 23 de julio de 1999 ya había establecido esa expansión del alcance del amparo, hasta su derogación, ese mismo año. Luego, casi tan brevemente como en la primera ocasión, volvió a regir cuando la Corte Suprema de Justicia restableció la Ley 32 de 23 de julio de 1999, mediante sentencia del 25 de enero de 2011. Esa ley fue nuevamente derogada, y así se mantiene al momento en que se escriben estas líneas (septiembre de 2015). Sobre el amparo en Panamá, ver: SÁNCHEZ, Salvador. «El Amparo en Panamá». En *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, N° 27, México, Enero-junio de 2011, pp. 216-223.

relacionados en esta sentencia solo se referían a la utilización del amparo como acción dispuesta en el ordenamiento panameño para la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, y no a la integración del derecho internacional de los derechos humanos a la Constitución. De hecho, el pronunciamiento de la mayoría ni siquiera reconoció explícitamente que modificaba la doctrina judicial del bloque de la constitucionalidad en Panamá. Mucho menos hace alusión al control de convencionalidad.

Llamativamente, la doctrina tradicional del bloque se cumple en este caso a la perfección (razón por la que creo que la ponencia no subrayó una ruptura en el texto de la sentencia). Lo que se hace es exactamente lo mismo que bajo la doctrina tradicional: se traza un vínculo entre el artículo 4 y 54 de la Constitución Política y los artículos 1, 25 y 29 de la CADH. Como el 25 de la CADH puede interpretarse que se refiere, entre otras vías procesales, al amparo, la Corte autoriza su utilización para atacar «actos» estatales por violar la Constitución, la CADH y las leyes. Eso no significa —o al menos no necesariamente— que los convenios internacionales de derechos humanos quedan integrados a la Constitución panameña. Lo que significa, al amparo de una aplicación tradicional de la doctrina del bloque, es que el amparo en Panamá puede utilizarse en adelante para reclamar derechos consagrados tanto en la Constitución como en la CADH y en las leyes. Dado que las leyes son las que en Panamá adoptan los convenios internacionales de derechos humanos, esa aplicación *tradicional* del bloque tiene un efecto *no tradicional*.

Pese a todo esto, a este amparo se le atribuye un nuevo giro en la doctrina del bloque de la constitucionalidad, consistente en la sustitución del mecanismo previo de adopción caso a caso de los convenios y pasajes de convenios internacionales de derechos humanos que se sumaban al bloque de constitucionalidad mediante fallos de la Corte Suprema de Justicia, por la aplicación del segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución como argumento para integrar la totalidad de las convenciones internacionales de derechos humanos adoptadas por Panamá a la Constitución Política. Esto no parece que quedó consagrado en el amparo de 2008 que

comentamos, pero puede verse discutido en algunas sentencias expedidas con posterioridad.

La Corte Suprema de Justicia señala, por ejemplo, que la incorporación a la Constitución de los convenios aprobados por Panamá operó de forma automática con la reforma constitucional de 2004:

La constitucionalización de los derechos humanos se hizo efectiva, al incorporarse el segundo párrafo al artículo 17 de la Constitución Política, el cual señala que los derechos y garantías que consagra la Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que guarden relación con derechos fundamentales y la dignidad de la persona. Esta adición al artículo 17 citado, debe entenderse como una alusión directa a la tutela de los derechos humanos. Se consolidó de esta manera, lo que se conoce como la constitucionalización de la internacionalización de los derechos humanos, cuya génesis en Panamá se encuentra en la doctrina del bloque de constitucionalidad<sup>36</sup>.

Es decir, esta última sentencia da un sentido muy diferente al asunto bajo examen, al confundir la técnica utilizada por el constituyente en 2004. Como la historia parlamentaria señala, el legislador en función constituyente optó aquel año por rechazar la constitucionalización directa de los convenios internacionales de derechos humanos y estableció en su lugar la cláusula de derechos innominados.

Otra vía por la que quedó establecido en Panamá un mecanismo procesal de garantía de los convenios internacionales de derechos humanos fue la introducción, en 1991, del recurso contencioso administrativo de protección de los derechos humanos.

---

36. Ver: Acción de inconstitucionalidad presentada por el Dr. Miguel Antonio Bernal, contra el último párrafo del artículo 257 del Código Electoral, tal como fue aprobado mediante la ley 60 de 29 de diciembre de 2006. Ponente: Oydén Ortega Durán. Panamá, veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014), ya citada. El fallo cita decenas de convenios internacionales que la Corte considera integrados a la Constitución, en virtud de la reforma constitucional de 2004 que introdujo el segundo párrafo al artículo 17.

Efectivamente, el texto del Código Judicial indica:

**Artículo 97.** A la Sala Tercera le están atribuidos los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. En consecuencia, la Sala Tercera conocerá en materia administrativa de lo siguiente:

1...

15. Del proceso de protección de los derechos humanos mediante el cual la Sala podrá anular actos administrativos expedidos por autoridades nacionales y, si procede, restablecer o reparar el derecho violado cuando mediante dichos actos administrativos se violen derechos humanos justiciables previstos en las leyes de la República incluso aquéllas que aprueben convenios internacionales sobre derechos humanos. Este proceso se tramitará según las normas de la Ley 135 de 30 de abril de 1943 y de la Ley 33 de 11 de septiembre de 1946, pero no se requerirá que el agraviado agote previamente la vía gubernativa; el Procurador de la Administración sólo intervendrá en interés de la ley.

La inoperancia de este mecanismo procesal fue patente por décadas. Solo en los últimos años la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha generado pronunciamientos de significado para la garantía de los derechos humanos: En importantes fallos se interpretan conjuntamente el segundo párrafo del artículo 17 y del artículo 4 de la Constitución y las disposiciones de la CADH que establecen las obligaciones generales de respetar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno (artículos 1.1 y 2 de la CADH). En ese camino, la Sala permitió la vinculación de la Constitución a los DESC reconocidos en convenios internacionales<sup>37</sup>.

---

37. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Salvador. «Los DESC en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá»... *op. cit.*

En relación con las preguntas con que iniciaba este trabajo, encontramos pasajes de la Constitución Política que han sido interpretados como que remiten al control de la convencionalidad de los convenios internacionales de derechos humanos, como algunos textos explícitos en la ley, que autorizan la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos.

En lo referente a la existencia de casos concretos en que se ha ejercido el control de convencionalidad, he puesto en evidencia la multiplicidad de los pronunciamientos, en especial de la Corte Suprema de Justicia, que pretenden estar ejerciendo una tarea de control judicial sobre actos y normas utilizando como parámetro de la constitucionalidad o de la legalidad los convenios internacionales de derechos humanos, y en especial la CADH.

Por último, reviste interés identificar también pronunciamientos jurisdiccionales en los que explícitamente se haya hecho referencia a la tarea de control interno de la convencionalidad, sobre la que se ha pronunciado la CoIDH desde 2006. A este aspecto, y a los retos implicados en la nueva comprensión del control interno de convencionalidad, haré referencia en las páginas siguientes.

#### 4. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN PANAMÁ<sup>38</sup>

La escasa reflexión nacional sobre control de convencionalidad, nos deja casi tantas interrogantes como la propia doctrina de la CoIDH ha dejado en todo el continente. Es positivo, por lo tanto, hacer alguna exposición crítica de los argumentos a favor del control interno de convencionalidad en nuestro país. Para eso abordaré tres preguntas que resulta clave tratar de responder: ¿por qué, quién y cómo debe realizar el control interno de convencionalidad en Panamá?

---

38. No está en discusión la facultad de la CoIDH de controlar la convencionalidad de los actos de los Estados Parte en la CADH y adjudicar responsabilidad internacional por aquellos que sean violatorios de los derechos humanos reconocidos. Tampoco lo está el deber de todos los agentes estatales de respetar esos derechos, incorporados al derecho interno.

Para avanzar en nuestra reflexión es útil examinar las respuestas propuestas por una autoridad como el magistrado Jerónimo Mejía Edwards. Él sostiene que las razones para considerar que los funcionarios panameños tienen la obligación de aplicar el control de convencionalidad *ex officio* se desprenden lógicamente de la integración del derecho internacional de los derechos humanos a la Constitución Política<sup>39</sup> y en cumplimiento de las obligaciones del Estado panameño, derivadas del derecho internacional.

Las razones que ofrece Mejía explican perfectamente cómo operaba (y sigue operando) la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en Panamá, sin consideración alguna de la nueva doctrina de la CoIDH sobre el control de convencionalidad interno. Como se ha descrito aquí, antes de la aparición de la doctrina del control de convencionalidad el derecho positivo panameño reconocía la obligación de aplicar el derecho convencional internacional de los derechos humanos, integrándolo a la Constitución Política, caso por caso. Sin embargo, no explica la nueva situación ni las obligaciones que llevaría aparejada la nueva doctrina para los funcionarios panameños.

Efectivamente, lo que debe explicarse y justificarse ahora es más específico que la obligación de respetar los derechos consagrados en los convenios internacionales de derechos humanos. Se trata del deber de los funcionarios judiciales de inaplicar *ex officio* las normas de derecho interno cuando entren en colisión con las normas convencionales del SIDH, según la CoIDH, la integración de la jurisprudencia de la CoIDH a la CADH (y por tanto, a la obligación que pesa sobre los funcionarios al realizar el control

---

39. Basándose en todo lo aquí señalado sobre la evolución de la doctrina del bloque de la constitucionalidad en materia de aplicación de convenios internacionales de derechos humanos. Exposición que realiza Mejía a página 483 de su artículo, y que subraya la superación de la versión del bloque de la constitucionalidad de Hoyos, y su reemplazo por su propia versión, que incluiría la totalidad de los convenios internacionales de derechos humanos. MEJÍA EDWARDS, Jerónimo. «Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad en Panamá». En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 467-488.

de convencionalidad); y la forma en que esa jurisprudencia es vinculante para un Estado (sea lo resuelto para el Estado contra el que se expide la sentencia, hasta la *ratio decidendi* con alcance *erga omnes* interamericano); hasta el presunto efecto *ex tunc* de los pronunciamientos en ejercicio de esa facultad, por mencionar solo los asuntos más destacados.

Como se ha indicado, Mejía propone que en Panamá sea la Corte Suprema de Justicia la responsable de realizar el control de convencionalidad. En cuanto al cómo debe ser aplicado, tomada cuenta de que en general se supone al derecho internacional de los derechos humanos parte del bloque de constitucionalidad, Mejía propone reservar la acción directa de constitucionalidad para el control de convencionalidad abstracto, utilizar igualmente la consulta de constitucionalidad para consultar la convencionalidad, y utilizar la interpretación conforme como técnica de interpretación, extendiéndola al ámbito de lo convencional<sup>40</sup>.

Las normas que regulan la interpretación de disposiciones que reconocen derechos humanos (incluso las adoptadas en el artículo 29 de la CADH) establecen la prioridad de los textos más favorable a la persona, con independencia de la jerarquía de la norma. Así las cosas, basta el reconocimiento de la CADH como parte del bloque de la constitucionalidad para sobreponerse a la Constitución en sentido usual, o ceder ante él, dependiendo de cuál texto resulte más protector.

Ante la interrogante de cómo hacer el control de convencionalidad en Panamá, Mejía propone que sea ejercido por el mismo tribunal que actualmente ejerce el control de constitucionalidad: la Corte Suprema de Justicia. En esto sigue la formulación expuesta por Ferrer Mac-Gregor en su voto separado en Cabrera García<sup>41</sup>.

---

40. Hay cierta indeterminación en esta afirmación. Abstracto también puede ser considerado el control a través de la consulta de constitucionalidad de disposiciones legales y reglamentarias, así como concreto puede ser el control de constitucionalidad de actos y sentencias (mediante acción directa, en Panamá).

41. Voto razonado en el caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

La respuesta de Mejía parece razonable, al referirse al control de la convencionalidad de las leyes<sup>42</sup>. Por vía de los mecanismos de control de constitucionalidad (acción directa, consulta de inconstitucionalidad, objeción de inexecutable) puede en Panamá extenderse a otros actos generales e individuales. Incluso, en el caso de la consulta, la vía procesal es una herramienta al alcance de sujetos no judiciales, y en el caso de la objeción, aunque reservada al Órgano Ejecutivo, dirigible contra reformas constitucionales. Sin embargo, la confusión del control de constitucionalidad y de la garantía de los derechos fundamentales que atraviesa la doctrina del control de convencionalidad, viene a plasmar aquí una de sus paradojas. Como se verá a continuación, el control de convencionalidad interno explícito se manifiesta predominantemente en el escenario del amparo de garantías y de la jurisdicción contencioso administrativa, en Panamá.

## 5. CONTROL JUDICIAL DE LA CONVENCIONALIDAD

Algunos pronunciamientos judiciales recientes han reconocido la obligación que supone el control de convencionalidad para las autoridades panameñas. Esos pronunciamientos serán examinados en detalle en las páginas siguientes, y se refieren a fallos de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, y de la Sala Tercera de la Corte, en ejercicio del control de legalidad, en el marco de procesos de amparo de garantías.

El control de convencionalidad interno panameño explícito ha sido esencialmente control de convencionalidad judicial. Sin embargo, la motivación de otros actos estatales podría calificarse

---

42. Justamente, el giro de la CoIDH hacia convertirse en una especie de tribunal constitucional interamericano, tuvo un hito inicial al considerarse facultada para adjudicar responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos en abstracto. Se evolucionó de la negativa al control de normas no aplicadas, de *Genie Lacayo v. Nicaragua*, sentencia de 29 de enero de 1997, al control abstracto de normas, imaginado en *Suárez Rosero v. Ecuador*, en sentencia de 12 de noviembre de 1997 y confirmado en sentencia de 30 de mayo de 1999, en el caso *Castillo Petruzzi y otros v. Perú*.

también de control de convencionalidad implícito. Destaco el caso de la expedición del decreto ejecutivo 472 de 14 de agosto de 2014<sup>43</sup>, que revocó una serie de indultos otorgados en violación de la Constitución y la ley panameña, y también de la CADH, la administración 2009-2014. El Estado invocó múltiples veces a la CoIDH en la exposición de sus motivos, incluyendo el caso Heliodoro Portugal, precisamente para establecer su obligación de remover del derecho interno toda disposición violatoria del derecho internacional de los derechos humanos.

En lo que respecta al control judicial de convencionalidad interno y explícito, ha operado en la Corte Suprema de Justicia en dos escenarios principalmente: el control de la legalidad de normas y actos (ejercido por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia), y la garantía de la constitucionalidad de actos, mediante la acción de amparo (decidida, en los casos que presentaré, por la Corte Suprema de Justicia en pleno).

En ambos casos, sin embargo, parece que la introducción del control de convencionalidad entronca con el fallo de la CoIDH en el caso Heliodoro Portugal v. Panamá. En aquella sentencia, la CoIDH indicó:

180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina «control de convencionalidad», según el cual cada juzgador debe

---

43. Gaceta Oficial No. 27600-A, de 14 de agosto de 2014.

velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos<sup>44</sup>.

El uso más intensivo a este pronunciamiento de la CoIDH aparece en sentencias de control de legalidad de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

### *Control de Convencionalidad por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia*

Como ya he señalado, en la sentencia de amparo del 21 de agosto de 2008 se hace una lectura conjunta del artículo 54 de la Constitución Política (que consagra la acción de amparo) y el artículo 25 de la CADH, que extiende el catálogo de derechos tutelados por el amparo panameño a los reconocidos en la Constitución Política, la CADH y la ley.

Inicia un nuevo recorrido para la acción de amparo, pero no tanto para la doctrina del bloque de la constitucionalidad, aunque la propia Corte Suprema de Justicia parece aceptar que el bloque se expande a la totalidad de los convenios de derechos humanos adoptados por la República de Panamá. Como ha quedado demostrado, esta conclusión no se puede extraer del texto de la sentencia de 2008.

En una sentencia de 2012, en materia de amparo<sup>45</sup>, la Corte Suprema de Justicia siguió profundizando. Para los efectos de esta

---

44. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentencia de 12 de agosto de 2008.

45. Sentencia de 4 de julio de 2012. Acción de Amparo de Garantías Constitucionales promovida por el Licenciado Eduardo Rubén Ulloa Miranda, en representación de Sabrina Bacal Securansky, contra la Sentencia número 250-S.I. de 28 de septiembre de 2010, emitida por el Segundo Tribunal Superior de Justicia.

sección destaco esta sentencia de amparo por haber hecho referencia a una sentencia de la CoIDH de 2000<sup>46</sup>:

... En otras palabras, los Órganos del Poder Judicial deben, según Sentencia de 2000 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Juez local, en su juicio de ponderación y atendiendo las circunstancias en cada caso, puede ampliar su capacidad interpretativa aplicando las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde el Estado ha sido parte. Con base en esto, el Pleno de esta Corporación de Justicia hará referencia a algunas consideraciones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que guardan relación a las expresiones relativas a funcionarios públicos, a políticos y a particulares que ejercen funciones públicas o que desarrollen actividades sometidas al escrutinio público, por la opinión pública que se forma en virtud de sus actuaciones.

Un rasgo llamativo de esta recepción del control de convencionalidad, ha sido la puntualización respecto de la aplicación de las sentencias de la CoIDH en las que el Estado esté comprometido o haya sido parte en el proceso. Por un lado reviste interés por suponer una recepción condicionada de la doctrina del control de convencionalidad —pudo observarse en *Almonacid* y en los siguientes casos que la CoIDH ha vinculado el control tanto al texto de la CADH como a la jurisprudencia de la CoIDH— sino una inmediata contradicción: en la sentencia de amparo panameño de 2012 se cita de forma central la sentencia de la CoIDH en el caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*<sup>47</sup>. Es decir, una sentencia de la CoIDH emitida en un proceso en el que Panamá no era parte.

---

46. Debe tratarse de un *typo*. Probablemente se refiere a *Trabajadores Cesados del Congreso v. Perú*, de 2008.

47. Sentencia de 2 de julio de 2004.

Más recientemente, se concedió amparo interpuesto a favor de una adolescente, básicamente por la violación del debido proceso<sup>48</sup>. La acción atacó la decisión del Tribunal Superior de la Niñez y la Adolescencia, que revocó el Auto Penal No. 30 de 11 de marzo de 2008, emitido por el Juzgado Primero Penal de Adolescentes del Primer Circuito Judicial de Panamá. El Auto Penal había anulado el proceso penal seguido a la adolescente K. R. F.W., por la presunta comisión de delito contra la vida y la integridad personal (lesiones personales culposas). La anulación se había producido al confirmar el Juzgado que se había ordenado la medida cautelar de detención provisional contra la adolescente, con el propósito de hacerla comparecer a una audiencia: una medida restrictiva de la libertad que no estaba autorizada en la ley. La Corte citó nuevamente Heliodoro Portugal para establecer la obligación de las autoridades de «suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio». Sin embargo, la violación de la ley común pudo ser suficiente para obtener la revocatoria de la medida.

### *Control de Convencionalidad por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia*

La Corte Suprema de Justicia inició la utilización del concepto «control de convencionalidad» en pronunciamientos de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. Es decir, para resolver contrastar la legalidad de actos administrativos concretos, con el ordenamiento legal.

Debo decir que la discusión judicial sobre el control de convencionalidad en el seno de la Sala Tercera parece haber iniciado con

---

48. Acción de amparo de garantías constitucionales presentada por el Licenciado Carlos Peter Brown, en representación de la adolescente K. R. F.W., contra la orden de hacer contenida en la resolución de 7 de julio de 2008 dictada el Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia. Ponente: Abel Augusto Zamorano Panamá, tres (3) de marzo de dos mil quince (2015).

un recurso de apelación, irónicamente vinculado a las obligaciones contraídas por Panamá en el marco de la CADH.

Efectivamente, el recurso de apelación mencionado<sup>49</sup> se interpuso contra el auto mediante el que no se admitió el proceso de ejecución de la sentencia de la CoIDH contra Panamá, en el caso Baena Ricardo y otros v. Panamá. Al hacerlo —recordemos la fecha, 11 de agosto de 2009— la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia citó *Almonacid Arellano v. Chile*, y *Heliodoro Portugal v. Panamá*, pero rechazó la pretensión en estricta aplicación del derecho interno.

En otro fallo del mismo año, luego de citar nuevamente el caso *Heliodoro Portugal v. Panamá*, la Sala Tercera señaló: «Así pues, a través de la presente decisión, este tribunal de legalidad dará cumplimiento a la obligación tutelar de control de convencionalidad, conforme a los extremos indicados por la Corte Interamericana»<sup>50</sup>.

Sin embargo, pese a la utilización profusa de citas del derecho internacional de los derechos humanos, en especial del sistema universal, el problema planteado en el caso fue resuelto en estricta aplicación de las normas legales comunes.

Posteriormente, la Sala Tercera volvió a hacer alusión al control de convencionalidad en un caso sobre derecho de petición<sup>51</sup> y en

---

49. Recurso de apelación, interpuesto por la licenciada Teresa Cisneros, en representación de José Santamaría Saucedo, en contra del auto de 21 de abril de 2009, por medio de la cual no se admitió el proceso de ejecución de sentencia incoado en contra el Estado de Panamá, para que cumpla con la sentencia del 2 de febrero de 2001 y la resolución de cumplimiento del 28 de noviembre de 2005, emitidas por la CoIDH. Ponente: Hipólito Gill Suazo. Panamá, once (11) de agosto de dos mil nueve (2009).

50. Demanda contencioso administrativa de protección de los derechos humanos, interpuesta por la Firma Pinzón, Hidalgo y Solís, en representación de Denis Esther Díaz, contra la Caja de Seguro Social, para que se exija el cumplimiento de lo dispuesto en el capítulo IV de la ley no. 1 de 10 de enero de 2001, «... para que se hagan efectivas las obligaciones establecidas en estas normas, en particular la exigencia de los criterios de intercambiabilidad establecidos en la ley para la adquisición de medicamentos genéricos por parte de instituciones públicas de salud». Ponente: Hipólito Gill Suazo. Panamá, primero (1) de diciembre de dos mil nueve (2009).

51. Demanda contencioso administrativa de protección de los derechos humanos, interpuesta por la licenciada María Vargas Paz, en representa-

otro sobre medicamentos genéricos<sup>52</sup>, en el marco de contenciosos administrativos de protección de los derechos humanos.

Estas vías no han resultado, de todas formas, muy provechosas aún. Los pronunciamientos de la Sala Tercera aquí mencionados han aplicado estrictamente la ley común, y en ese sentido han logrado tutelar los derechos humanos de los demandantes. Tomando en cuenta la especial circunstancia del recurso contencioso administrativo de protección de los derechos humanos, que admite controlar la legalidad de normas y actos utilizando como parámetro las leyes que adoptan convenios internacionales de derechos humanos, esto no es un desenlace extraño ni innovador.

## 6. CONCLUSIÓN

Puede concluirse, por tanto, que existen normas constitucionales que reconocen implícitamente el control de convencionalidad. Sin embargo, esta afirmación es matizable, y así se constata a lo largo de esta investigación. La incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a través de la doctrina del bloque de constitucionalidad, apoyándose en los artículos 4 (primero, caso a caso) y 4 y 17 (actualmente, de forma general) de la Constitución, ha sido admitida y es aplicada regularmente.

Los casos donde se ha citado el control de convencionalidad interno de forma explícita son mucho menos numerosos, aunque hasta ahora el argumento del control de convencionalidad no ha sido determinante para la revocatoria de un acto violatorio de derechos fundamentales, o para la declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de alguna norma.

---

ción de Anne Appolonia Okwuka, para que se declaren nulos, por ilegales, los actos administrativos contenidos en la nota No. DVIC-379-07 de 20 de diciembre de 2007, emitida por el viceministro de comercio e industrias, y en la nota no. dsan-0023-08 de 2 de enero de 2008, emitida por el administrador general de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos. Ponente: Hipólito Gill Suazo. Panamá, catorce (14) de septiembre de dos mil nueve (2009).

52. Demanda contencioso administrativa de protección de los derechos humanos, interpuesta por la firma Pinzón, Hidalgo y Solís, en representación de Denis Esther Díaz, contra la Caja de Seguro Social..., *op. cit.*

Cuando se ha hecho mención explícita al control de convencionalidad en la jurisprudencia presentada, se ha hecho como argumento complementario. Cuando se ha producido en el marco de operación de la justicia contenciosa administrativa, la cita obligada ha sido a la *Heliodoro Portugal v. Panamá*, lo cual resulta sin duda llamativo.

Los desafíos que se presentan para un ejercicio efectivo del control de convencionalidad en el ámbito interno no se refieren a la aplicación directa del derecho internacional de los derechos humanos, que aparece como bastante consolidada. Tampoco las cortes han sido muy sofisticadas en la recepción de la doctrina, como hemos explicado. Pero precisamente, es en los detalles que son actualmente objeto de la crítica hemisférica— las modalidades de realización del control de convencionalidad— donde debe tenerse cuidado. Es así, por ejemplo, en el caso del control de convencionalidad *ex officio*. Pero igualmente lo es en los otros aspectos que discute la doctrina internacional contemporáneamente, y que no aparecen debatidos en la jurisprudencia nacional (por ejemplo: el carácter vinculante de la jurisprudencia de la CoIDH, y los efectos declarativos o constitutivos de las sentencias de la CoIDH, entre otros).

Además, aunque la Corte Suprema de Justicia de Panamá ha utilizado la interpretación conforme<sup>53</sup> y el principio *pro homine/pro persona*<sup>54</sup> en tareas de control de la constitucionalidad, debe advertirse que el uso no ha sido sistemático, y que no siempre a la mención de la técnica de interpretación o del principio sigue un uso consecuente con el mismo. En ese sentido también, como parece evidente, hay mucho camino por recorrer.

---

53. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el licenciado Rafael Rodríguez contra el contenido de la segunda parte del inciso segundo del artículo 24 de la ley 22 de 14 de julio de 1997, que modifique el artículo 171 del Código Electoral y el numeral 2 del artículo 174 de la ley 17 de 30 de junio de 1993. Magistrado Ponente: Rogelio Fábrega Z. Panamá, veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

54. Acción de inconstitucionalidad presentada por el Dr. Miguel Antonio Bernal, contra el último párrafo del artículo 257 del Código Electoral, tal como fue aprobado mediante la ley 60 de 29 de diciembre de 2006. ponente: Oydén Ortega Durán. Panamá, veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014).

## VIII

### ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS DESAFÍOS INTERPRETATIVOS (TEÓRICOS Y PRÁCTICOS) DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO

*José Miguel Cabrales Lucio*

#### 1. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO Y ORIGEN INTERAMERICANO

México se ha visto envuelto en una serie de transformaciones jurídicas de gran envergadura en los últimos años. Una de estas grandes transformaciones tiene que ver con la incorporación jurídica legislativa de la obligación de la protección de los derechos humanos. Esta progresiva incorporación no ha venido solo de la función legislativa ni de las reformas expresas a los ordenamientos jurídicos (principalmente la Constitución). La transformación jurídica abarca, por ahora, al poder legislativo, al poder constituyente, al poder judicial y, en menor medida, a los demás poderes y órganos del Estado mexicano. En estos términos, la incorporación completa de los derechos humanos ha tenido un gran avance a través del control de convencionalidad. Sin embargo, este control normativo también tiene importantes aristas y consecuencias que deben ser previstas para evitar causar daños a las estructuras jurídicas que posibilitan el Estado de Derecho y la seguridad jurídica en sociedades como la mexicana.

En estas primeras líneas introductorias es necesario ya adelantar algún concepto de este control, en los siguientes términos: el control de convencionalidad es la comparación y contraposición de cualquier norma jurídica interna respecto a disposiciones normativas internacionales en materia de derechos humanos.

Generalmente se le ha llamado control de convencionalidad por referencia a las Convenciones (en particular en nuestro entorno a la Convención Americana de Derechos Humanos) aunque, podríamos decir, no es el término en español más acertado para describirlo, ya que generalmente se hace referencia a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. Vale recordar que el control de convencionalidad, en sí mismo, no especifica que se trate de los instrumentos de derechos humanos; sin embargo, como veremos en este trabajo, por su origen se ha acuñado y aceptado que, al hablar de control de convencionalidad, nos estamos refiriendo al control respecto a los derechos humanos. Por ello, los derechos humanos son el eje que justifica y legitima un control especial entre el ordenamiento interno y el ordenamiento jurídico externo internacional, que antes no se había podido lograr.

Su origen americano se puede situar entre los años 2003 y 2004 (principalmente en los votos particulares), cuando se reconocía en el sistema interamericano que existía una similitud importante entre la función de los tribunales internos, al revisar la regularidad constitucional, con la función de los tribunales internacionales al revisar la convencionalidad (parámetro general de validez) de los actos internos (objeto concreto de la revisión). Por ejemplo, en el caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*<sup>1</sup> se afirmaba la naturaleza del control de convencionalidad desarrollado al interior por los Estados. Aquí, principalmente la aportación del expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sergio García Ramírez, fue fundamental. Posteriormente, en el caso *Tibi vs. Ecuador*<sup>2</sup>, se vuelve a abordar la posibilidad y pertinencia del control de convencionalidad, sobre todo con la lógica del control de constitucionalidad de las leyes que hacen los tribunales constitucionales. En este momento todavía no se hace referencia al Estado mexicano, sino más bien al sistema interamericano en su conjunto, pero son considerados los inicios en América Latina de este control normativo.

---

1. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2003.

2. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 de diciembre de 2004.

Más adelante y ahora sí (no en votos particulares) la Corte IDH, en una sentencia de 2006 en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*<sup>3</sup>, perfiló con un poco más de detalle y contundencia los alcances del control de convencionalidad *ad intra*. A finales de 2006, en otro asunto, la Corte da un paso más y afirma la necesidad de que los países realicen un control de convencionalidad, pero ahora lo recomienda *ex officio* (es decir, que se haga sin necesidad de que se pida expresamente por alguna de las partes) respecto a las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>4</sup>.

Habiendo ya situado el origen del control de convencionalidad en el sistema interamericano, es conveniente ahora mostrar los tipos de control que se desarrollan.

En primer lugar existe el control concentrado, que es aquel que realiza la Corte Interamericana cuando revisa subsidiariamente los actos internos de los Estados (actos de autoridad o disposiciones normativas) por su posible violación a la Convención Americana de Derechos humanos<sup>5</sup>. Es concentrado por referencia explícita a los sistemas concentrados de control de constitucionalidad de la ley, ubicando en un solo órgano la potestad de controlar con efectos jurídicos vinculantes la regularidad de los actos jurídicos internos respecto al parámetro de control internacional.

El control difuso de la convencionalidad lo realizarían todos los estados directamente vinculados por el sistema interamericano dentro de sus respectivas competencias territoriales, geográficas y jurisdiccionales. La referencia al control difuso también tiene su similitud con los sistemas de control constitucional. En la medida que no solo un órgano puede realizar el control, es cuando cobra

---

3. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

4. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

5. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *El control de convencionalidad y el Poder Judicial en México, mecanismo de protección nacional e internacional de los derechos humanos*. Serie Cuadernos de Jurisprudencia, núm. 7, septiembre 2012, p. 14.

relevancia la denominación del control difuso, ya que no solo un órgano, sino una multiplicidad de ellos, tiene la potestad (y hasta cierto punto, en las primeras fases de desarrollo de este control en Latinoamérica, la obligación). Generalmente, este control difuso lo realizarían los propios jueces internos al enfrentarse a un acto o norma que pueda contravenir disposiciones en los tratados y convenciones internacionales relativas a derechos humanos<sup>6</sup>. En estos términos, los jueces ordinarios adoptarían un rol de jueces interamericanos<sup>7</sup>. Hasta aquí un panorama general que debe ser contextualizado según hablemos del país determinado. Ahora analizaremos el origen, desarrollo y sobre todo principales problemas del control de convencionalidad en México en términos teóricos e interpretativos con perspectiva de futuro.

## 2. PUNTO DE PARTIDA Y ORIGEN EN MÉXICO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En México, la oleada de transformaciones jurídicas regionales en materia de derechos humanos tuvo un importante paso en la aceptación vía jurisdiccional del control de convencionalidad.

Podríamos estar de acuerdo en afirmar que el control de convencionalidad en México se consolida en el imaginario nacional a partir de la consulta a trámite que se resolvió por el Exp. Varios 912/2010 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pero esta resolución *sui generis* es consecuencia, indirectamente, de una serie de resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y directamente de una en especial, el identificado caso *Rosendo Radilla Pacheco* resuelto el 23 de noviembre de 2009, especialmente en el párrafo 339<sup>8</sup>. Por otro lado, consideraciones

---

6. *Ídem*.

7. Desde el voto razonado del juez Mac-Gregor en el caso *Cabrera García y Montiel Flores* del 26 de noviembre de 2010, se afirmaría esta aseveración.

8. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *El control de convencionalidad y el Poder Judicial en México, mecanismo de protección nacional e internacional de los derechos humanos... op. cit.*, p. 73.

teóricas relativas a la incorporación de sentencias internacionales al ordenamiento interno, aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), la progresiva protección de los propios derechos humanos en sede interna, entre otras cuestiones, propiciaron el surgimiento del control de convencionalidad. Ahora bien, de igual manera, todas ellas, en su constante transformación y comprensión por parte de los órganos judiciales internos, juegan a favor o en contra del ejercicio efectivo o no del control de convencionalidad en México y su contexto.

En primer lugar, es necesario hacer algunas consideraciones respecto a la posición que han tenido tradicionalmente los tratados internacionales en México. Aquí hay un verdadero debate tanto teórico como práctico que, al no haber sido resuelto del todo, se acumula a las consideraciones y desafíos que trae consigo la incorporación del control de convencionalidad y su ejercicio práctico.

En cuanto al marco jurídico constitucional de la relación entre el derecho interno y los instrumentos internacionales hay que tener presente el artículo 133 de la Constitución Federal, que establece desde 1934 que:

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

Este artículo constitucional establece lo que conocemos como el principio de supremacía constitucional siguiendo el espíritu que, desde 1821 a raíz de nuestra independencia, se tenía respecto a la posición en la que tradicionalmente se ha colocado a los tratados internacionales en México y las demás fuentes del ordenamiento jurídico. La Constitución, bajo este artículo, es la norma suprema general y está por encima de todos los instrumentos jurídicos que puedan tener vigencia en México, y así había sido reconocida

durante mucho tiempo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sin ningún problema drástico más allá de debates teóricos y dogmáticos de gran relevancia intelectual. En buena medida la supremacía constitucional en México se justificaba en función del pasado histórico del país; al haber sido colonizado por España y posteriormente independiente, el concepto de soberanía nacional había consolidado un fuerte sentido de aversión a lo extranjero o internacional. Es precisamente por esta razón por la cual la actual encrucijada en la que se encuentra México con la apertura constitucional es de indudable relevancia, pero más aún las justificaciones teóricas que expliquen la nueva arquitectura jurídica de México como parte de la comunidad internacional, resultarán de indudable necesidad.

No dedicaremos tanto tiempo ni espacio a desarrollar estas ideas; solo se mencionarán de manera rápida, para poder entrar al debate que nos ocupa en este capítulo de libro. Simplemente diremos que durante mucho tiempo se mantuvo la teoría dualista del Derecho en la que se concebía una cierta separación entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional. No obstante, este concepto es precisamente uno de los que más está cambiando con el control de convencionalidad, que supone una preeminencia del Derecho Internacional, la cual puede ser hoy en día el punto más problemático del debate sobre la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional. A reserva de que lo podamos mencionar o explicar más adelante, uno de los grandes desafíos que vendrá para la región latinoamericana, pero sobre todo para México, es precisamente la definición en términos de coordinación, supremacía o primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o del Derecho Interno (en concreto del Derecho Constitucional).

Ahora será prudente, para completar las consideraciones aquí vertidas, algunas cuestiones relativas a las características particulares de una parte o segmento del Derecho Internacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De este punto es necesario reconocer solo algunas características relevantes.

En primer lugar, la ya muy reconocida emergencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a partir de la Segunda Guerra Mundial, que crea en la segunda mitad del siglo XX lo que se puede llamar un *corpus iuris* internacional de protección de la persona humana, compuesto por tratados e instrumentos escritos que declaran y establecen mecanismos de protección jurídica de los derechos humanos que, sin embargo, para el caso de México, no se han visto asumidos totalmente.

En estos términos, se ha aceptado y reconocido internacionalmente a los derechos humanos como: «... derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles»<sup>9</sup>. Siguiendo con el marco de aceptación y reconocimiento de los derechos humanos y de la emergencia de estos, así como de la necesidad impostergable de su protección a partir de la segunda mitad del siglo XX, se ha reconocido también que: «Ha llegado el momento de proclamar que, para el establecimiento de la paz y la dignidad humana, cada uno de nosotros debe trabajar y luchar hasta el final»<sup>10</sup>.

En segundo lugar, la naturaleza transversal disciplinaria del DIDH; esto quiere decir que todas las disciplinas del Derecho (Penal, Civil, etc.) están ahora ya (o necesariamente en un futuro no muy lejano) impregnadas por la perspectiva de los derechos humanos.

El control de convencionalidad tiene una innegable similitud con el control de constitucionalidad; en razón de ello, muchas de las características de este pueden ser trasladables, sin embargo, no hay que perder de vista las importantes diferencias que aquí no vamos a analizar. Así, la naturaleza del control de convencionalidad

---

9. Concepto proporcionado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

10. René Cassin, ideólogo y corredactor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Parte del discurso que pronunció al recibir el Premio Nobel de la Paz en 1968.

en México, así como su aceptación e incrustación en la ingeniería jurídica, pasa por entender en buena medida parte del desarrollo del control de constitucionalidad. En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación había entendido durante mucho tiempo una forma peculiar de este control al interpretar el ya citado artículo 133 y considerar que solo unos determinados jueces (los federales) podían realizar el control antes mencionado<sup>11</sup>. A esto se entendía por muchos años en México como control concentrado de constitucionalidad, cuya tendencia era una cuestión más o menos aceptada y seguida en la cultura jurídica constitucional en el país. Incluso esta tendencia de no permitir el control difuso de constitucionalidad constituía un obstáculo para la realización de un control de convencionalidad difuso en México, cuyo criterio también era sostenido por la propia Corte, dividiendo o intentando dividir las funciones nacionales de las internacionales en cuanto a la realización de controles normativos.

### 3. ARGUMENTOS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PARA LA JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO

En buena medida el control de convencionalidad tendría ya argumentos jurídicos e interpretativos suficientes para encontrar

---

11. Aquí valdría hacer un par de consideraciones. En Europa, cuando se habla de control concentrado de constitucionalidad, se refiere a que un solo órgano realiza el control, generalmente un Tribunal Constitucional. No como en México, que todos los jueces del poder judicial Federal podían hacer tal control considerando entonces como una unidad o un solo órgano al poder en su conjunto. Respecto a la posición de la Corte sobre el control concentrado, cabe destacar la siempre recurrente tesis: CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. México: SCJN, agosto de 1999. T. X, tesis: P/J.73/99; y CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. México: SCJN. T. X, agosto de 1999, pp. 5 y 18.

cabida en el ordenamiento jurídico interno de todos los países, y sobre todo en México. Estos argumentos provendrían de los criterios internacionales de interpretación jurídica de los derechos humanos en los siguientes términos.

La Convención de Viena sobre derecho de los tratados (Observancia, aplicación e interpretación de los tratados) establece en su Art. 27: «El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...».

Además, en la sección tercera, relativa a la interpretación de los tratados, en concreto en el Art. 31 sobre las Reglas generales de interpretación, se afirma que los tratados se deberán interpretar siguiendo unas pautas que son (punto 1):

- Siempre una interpretación de *buena fe*
- Conforme al sentido corriente de los términos
- Realizando una interpretación contextual
- «... teniendo en cuenta su objeto y fin».

Mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya establecían, desde su creación, la interpretación pro derechos (art. 5) en los siguientes términos:

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.
2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Por lo que respecta a la región latinoamericana, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su Art. 29, establece que los derechos no se pueden interpretar en el sentido de:

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

Con este marco jurídico vemos que la interpretación proteccionista en el seno internacional y su lógica expansiva hacia los Estados era una cuestión de tiempo. Estaba ya prevista en los instrumentos internacionales. Sin embargo, hizo falta un buen avance contextual y circunstancial en la historia de México para su más avanzada aceptación, por vía jurisprudencial principalmente, y desde la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

#### *a) Desarrollo del control de convencionalidad en la SCJN*

Con los anteriores argumentos y con la actual jurisprudencia y vertiginosa transformación constante de la percepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el control de convencionalidad, conviene aquí dejar sentado cuál sería el desarrollo actual de este control en México.

Ya hemos mencionado que la concepción del control difuso de

convencionalidad, para el caso de México, fue aceptada a partir de una sentencia muy importante de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Nos referimos al caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26/11/2010.

*¿Cómo se hace el control de convencionalidad según la SJCN?*

El procedimiento sintetizado para realizar el control sería el siguiente:

En primer lugar, realizar la interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución y a los tratados (nuevo bloque de constitucionalidad). ¿Quiénes realizarían esta interpretación? Fundamentalmente los jueces, todos los jueces (de acuerdo a la jurisprudencia de la CIDH y de la SCJN) y ahora, después de la reforma constitucional textual, «todas las autoridades»; esto es realmente importante y poco estudiado (no lo vamos a abordar aquí, pero sugerimos su estudio analítico posterior).

Bajo este primer paso, es imprescindible la interpretación jurídica, la constitucional en particular, y aún ahora, mejor la interpretación conforme<sup>12</sup>.

Esta interpretación sería, según la propia Corte, el paso previo a la posible desaplicación o al ejercicio del control de convencionalidad explícito. Se desarrollaría una especie de interpretación en sentido amplio, posteriormente una interpretación conforme en sentido estricto (parte delicada de la interpretación). En definitiva, se intentará y se deberá lograr en la medida de lo posible una armonía interpretativa para eliminar la antinomia.

En caso de que no funcione la interpretación conforme, y este sería un recurso final, se deberá hacer una:

---

12. Para el análisis histórico, contextual y práctico del principio de interpretación conforme, ver CABRALES LUCIO, José Miguel. *El principio de la interpretación conforme en la justicia constitucional teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*. Prólogo de Luis María López Guerra y Francisco Javier Díaz Revorio. Editorial Porrúa, Colección de Derecho Procesal Constitucional, México, 2015.

**Inaplicación de la ley (...)** Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces, al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte (Expediente Varios 912/2010).

Estos casos y criterios han sido confirmados por la propia Corte más adelante en 2011, entre otras por las tesis que llevan por rubro PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS<sup>13</sup>, en la que se reconoce que una inaplicación de disposiciones internas jurídicas por consecuencia del control de convencionalidad no supone un desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino más bien su reafirmación. Por otro lado, se constata la obligación, en la tesis que lleva por rubro CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD, de que todos los jueces están obligados a preferir las normas que mejor protejan los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre la materia<sup>14</sup>.

Ahora que hemos visto la parte práctica y ejecutiva del control de convencionalidad en México, es necesario verificar el método argumentativo para realizar el control de convencionalidad.

- En primer lugar, es necesario identificar los derechos humanos involucrados en el caso.
- En segundo lugar, hay que identificar el contraste interpretativo entre las normas relevantes.

---

13. Tesis aislada LXIX/2011 (9ª.) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, libro III, diciembre de 2011, p. 552.

14. Tesis aislada P. LXVII/2011 (9ª). *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, libro III, diciembre de 2011, p. 535.

Dentro de este apartado habría que realizar dos acciones bien concretas:

- Un análisis integral del ordenamiento jurídico interno relevante.
- Un análisis integral del ordenamiento jurídico internacional relevante.

Posteriormente, hay que identificar la norma más favorable al derecho humano en atención al principio *pro persona*. En caso de ser de naturaleza interna, asunto resuelto, se aplicaría esta. Sin embargo, en caso de ser de naturaleza internacional, habría que hacer precisamente:

**La interpretación conforme.** En este paso es donde se debe empezar por la que se conoce como interpretación conforme en sentido amplio, intentando lograr la interpretación armónica. En caso negativo, habría que hacer una interpretación conforme en sentido estricto. Es decir, realizar una interpretación integradora que logre, por vía interpretativa, la armonía con un mayor esfuerzo para evitar el contraste<sup>15</sup>.

Finalmente, en caso de que la interpretación conforme en ninguno de sus sentidos pueda llevarse a cabo, habría que recurrir a la inaplicación de la ley interna, con lo cual se culminaría el verdadero y final control de convencionalidad.

#### 4. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A NIVEL INTERNO QUE COEXISTEN CON EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Como hemos recordado, la relevancia de la interpretación constitucional es un elemento nuclear que es necesario analizar

---

15. Este es un tipo de interpretación muy arriesgado porque podría realizarse sin los límites que teórica y prácticamente debería tener este principio de interpretación, que ya se ha tratado monográficamente en CABRALES LUCIO, José Miguel. *El principio de la interpretación conforme... op. cit.*

en función de los derechos humanos y su propia naturaleza que condiciona la forma de abordarlos. Aquí conviene recordar algunos puntos clave como:

a) *A partir de la reforma de 2011 (2do. párrafo, art. 1 const.)*

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

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

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

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

De este artículo cabe destacar, especialmente, el tercer párrafo:

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

De aquí se desprenden, fundamentalmente, los siguientes principios:

- **Universalidad:** Esencia natural y moral de los derechos en todo el mundo basados en la dignidad humana. Esta acepción proviene de un entendimiento filosófico a partir de las ideas de Immanuel Kant sobre el imperativo categórico y sobre todo del postulado de comprender y concebir al hombre como fin y no como un medio.

- **Interdependencia:** interconexión con un sistema coherente de derechos en el marco del ordenamiento jurídico nacional.

- **Indivisibilidad:** El valor contenido en los derechos humanos en su carácter individual pertenece a un sistema global y no puede abstraerse de él.

- **Progresividad:** Gradualidad en el nivel de protección de los derechos humanos a corto, medio y largo plazo, un fin en sí mismo.

## 5. FUENTES DE INTERPRETACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Habiendo visto los criterios interpretativos, habrá que ver y reconocer cuál sería la fuente de interpretación de estos derechos. ¿De dónde provienen los derechos que estarán involucrados en el control de convencionalidad? Fundamentalmente:

- a) Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y,

- b) Todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Ambas son fuentes supremas.

En caso de que el DH esté contemplado en ambos instrumentos jurídicos, se elegirá el más favorable a la persona de acuerdo al control de convencionalidad antes desarrollado, y en atención al principio *pro persona*.

Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas *distintas fuentes*, deberá prevalecer aquélla que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción<sup>16</sup>.

Como ya se mencionó, la fuente de Derecho Internacional donde podemos encontrar la regulación en derecho humano se ha multiplicado exponencialmente, en la misma medida que existen instrumentos internacionales concretos o generales, sectoriales o universales. En estos términos hay que recordar, por ejemplo, que, según la SCJN, existen por lo menos 324 instrumentos internacionales de donde se puede obtener derechos humanos, según una obra colectiva que se puede consultar en el portal de internet de la propia Corte. Esta obra contiene siete tomos con un total de 5,300 páginas y tiene un contenido que abarca:

- Derecho Internacional de los Derechos Humanos
- Derecho Internacional Humanitario
- Derecho Penal Internacional
- Derecho Internacional de las Personas Refugiadas
- Derechos Ambientales
- Derecho Internacional del Trabajo
- Propiedad Intelectual

---

16. Facultad de atracción 135/2011. Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. 19 de octubre de 2011.

Su conocimiento debe estar presente de manera más o menos completa en los 1250 juzgadores federales, lo que amplía la complejidad del parámetro para evaluar y juzgar actos de autoridad por su posible violación de derechos humanos.

## 6. PROYECTO DE CONTRARREFORMA CONSTITUCIONAL

Con la reforma constitucional de 2011 México se ha embarcado en una de las más grandes transformaciones jurídicas que, sin embargo, llevó a algunos políticos a plantear una contrarreforma constitucional para tratar de equilibrar el alcance —quizá no medido— de la reforma mencionada. De esta manera, en el marco del desarrollo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, así como en el propio desarrollo del control de convencionalidad, desafortunadamente han existido algunas propuestas que se podrían considerar regresionistas, en el sentido de reflejar un claro sentido de regreso en el camino emprendido para la protección más avanzada de los derechos humanos.

Nos referimos al Proyecto de reforma constitucional presentado por el entonces representante del grupo parlamentario del PRI, Francisco Arroyo Vieyra, desde enero de 2013. De acuerdo con este proyecto, la propia Constitución establecería una *Interpretación restrictiva*, pues prevalecerá lo establecido por la Constitución por encima del tratado internacional, independientemente de que este último prevea algo más extensivo o más proteccionista para el ser humano, al menos desde el punto de vista literal. Por tanto, con esta reforma se eliminaría de la Constitución el principio *pro persona*.

### a) Aspectos problemáticos del control de convencionalidad en México

*La Contradicción de tesis 263/2011 y el debate sobre la prevalencia interpretativa entre la Constitución y el tratado internacional*

La propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha puesto límites a la expansión de la interpretación de los derechos humanos y del control de convencionalidad en términos muy lógicos, desde una perspectiva de seguridad jurídica interna, pero muy discutibles desde la inercia proteccionista y progresista de los derechos humanos en el mundo. Incluso algunos tribunales importantes al interior del Estado mexicano ya se han pronunciado respecto a que las limitaciones a los derechos humanos establecidas en la propia Constitución son las que deberán prevalecer. Y esto, aun admitiendo la necesidad de interpretar siempre favorablemente estos derechos para garantizar la protección más amplia<sup>17</sup>.

---

17. Tesis XXXIII/2012 LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MATERIA ELECTORAL. LA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL DE ADQUIRIR TIEMPOS EN RADIO Y TELEVISIÓN NO PUEDE SUJETARSE AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. -De la interpretación sistemática y funcional de los artículos 1º, 6, 41, párrafo segundo, base III, Apartado A, penúltimo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 49, párrafo 4 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y 7, párrafo 3 del Reglamento de Radio y Televisión en Materia Electoral del Instituto Federal Electoral, se advierte que los derechos humanos, entre otros, el de libertad de expresión, se interpretarán favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia y que no pueden restringirse ni suspenderse salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece. En ese contexto, la restricción al derecho de libertad de expresión en materia electoral, relacionada con la prohibición de adquirir tiempos en radio y televisión, no puede sujetarse al control de convencionalidad, porque la limitación es de carácter constitucional. Quinta Época: Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-1749/2012. —Actor: Gumersindo García Morelos. —Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. —27 de junio de 2012. —Unanimidad de votos. —Ponente: María del Carmen Alanís Figueroa. —Secretario: David Cetina Menchi. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-1774/2012. —Actores: Federico Jesús Reyes Heróles González Garza y otros. —Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. —29 de junio de 2012. —Unanimidad de votos. —Ponente: María del Carmen Alanís Figueroa. —Secretarios: David Cetina Menchi, Enrique Figueroa Ávila y Mauricio Huesca Rodríguez. La Sala Superior en sesión pública celebrada el treinta y uno de octubre de dos mil doce, aprobó por unanimidad de votos la tesis que antecede. Pendiente de publicación.

Esta interpretación contribuye a fortalecer el criterio de considerar que, aunque exista una restricción de un derecho humano reconocido en un tratado internacional, si tal restricción está autorizada por la propia Constitución, no se puede realizar el control de convencionalidad. Aquí vemos un claro y, desde nuestro punto de vista, desafortunado límite al control de convencionalidad que afecta considerablemente el sentido y expansión de la protección MÁS AMPLIA de los derechos humanos a escala global.

En estos mismos términos cabe recordar criterios jurisdiccionales como el siguiente:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un «control de convencionalidad» entre las normas de derecho interno y la propia convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado. Lo anterior adquiere relevancia para aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia<sup>18</sup>.  
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCER-

---

18. No. Registro: 165,074 / Tesis aislada / Materia(s): Común / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* / Tomo: XXXI, marzo de 2010 / Tesis: I.4o.A.91 K / Página: 2927.

LO.— Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque este implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen<sup>19</sup>.

*b) La posibilidad de ejercer el control de convencionalidad respecto a la jurisprudencia de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos*

La Corte ha tenido que resolver algunos asuntos relacionados con el problema de si la propia jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación podría, eventualmente, ser objeto de control de convencionalidad y/o constitucionalidad *ex officio*. La razón por la cual podría darse esta posibilidad sería también la posible contradicción con algún derecho humano contenido en la propia Constitución, o en tratados internacionales de los que México sea parte. La respuesta de la Corte fue en sentido negativo, ya que el propio ordenamiento interno establece mecanismos para poder garantizar el nuevo sistema de protección a los derechos humanos consagrado constitucionalmente a partir de 2011<sup>20</sup>.

---

19. No. Registro: 164,611 / Tesis aislada / Materia(s): Común / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* / Tomo: XXXI, mayo de 2010 / Tesis: XI.Io.A.T.47 K / Página: 1932.

20. Contradicción de Tesis 299/2013. Sesionada los días 13 y 14 de octubre de 2014. Ponente Min. Jorge Mario Pardo Rebolledo. Mayoría de 7 votos, sesión del 14 de octubre de 2014, p. 40. Entre los mecanismos estarían: solicitud de atracción, de modificación de jurisprudencia o la denuncia de contradicción de tesis.

Los argumentos teóricos que se desprenden de esta posición de la Suprema Corte no son menores. El punto de inflexión es el principio *pro persona*, *pro homine*; lo más favorable a la persona se ponía frente a frente con otro principio fundamental para el Estado de Derecho en cualquier país democrático: la seguridad jurídica.

### *Principio pro persona vs seguridad jurídica*

La interpretación más favorable al ser humano y a los derechos humanos, que es el pilar fundamental del control de convencionalidad, tiene importantes implicaciones en materia de seguridad jurídica<sup>21</sup>. Estas se presentan en el siguiente sentido: recordemos el parámetro de convencionalidad actual. En palabras sencillas, la mejor protección de los derechos humanos, la protección más amplia, la interpretación más extensiva; en resumen, lo mejor para el ser humano y sus derechos. Bien, al ser la comprensión interpretativa jurídica de los derechos humanos el nuevo parámetro de validez de prácticamente todas las disposiciones normativas internas, estas se vuelven subjetivas en una medida bastante importante que propicia la inseguridad, siempre buscada por la objetividad del Derecho.

El problema radicaría en que el parámetro de control, es decir, el parámetro de medición de todos los actos, las disposiciones sujetas a control, ya no estaría textualmente en un solo instrumento jurídico, como lo es la Constitución. En concreto, los derechos humanos, al estar establecidos también de manera muy general y abstracta en tratados internacionales, no solo se amplía en cantidad el parámetro sino que, al existir una gran variedad de tratados e instrumentos

---

21. Existe mucha literatura y opiniones sobre la preeminencia y en su caso la superioridad del principio *pro-homine* o *pro persona* produciría una «interjerarquización» en la que, en determinando momento por el propio devenir interpretativo de los derechos humanos y de este principio y su maximización, se podría ubicar a los tratados internacionales por encima de la propia Constitución dentro del nuevo bloque de constitucionalidad reconocido así en esos términos en México (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *El control de convencionalidad y el Poder Judicial en México... op. cit.*, p. 16.

internacionales, la probabilidad de diversas y más abstractas previsiones de derechos humanos, así como de órganos internacionales que interpretan esos derechos, se incrementa exponencialmente.

c) *Otro de los problemas. Posible alteración del sistema de control de los actos normativos*

La posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación difumine con una hipotética respuesta afirmativa su carácter de máximo órgano de interpretación del ordenamiento jurídico en México y máximo protector de los derechos humanos respecto a los órganos de menor jerarquía orgánica, es un tema de superioridad organizacional que pretende proporcionar seguridad institucional al Estado de Derecho. Sin embargo, la progresiva interpretación expansiva y extensiva de todo el ordenamiento jurídico en perspectiva de derechos humanos empuja y trastoca, inevitablemente, los principios previamente establecidos de organización social.

Desde otra perspectiva, quizás haya que pensar en un posible control *a priori* de los tratados internacionales que se han firmado y ratificado, para que no se presente el control de convencionalidad que propicie un desplazamiento de la voluntad de los órganos que han creado las normas desplazadas. No es que el control de convencionalidad sea en sí mismo desafortunado o ineficaz, sino que, en condiciones de normalidad institucional, debería ser considerado la última instancia para garantizar los derechos humanos a nivel interno. Dado que el control de convencionalidad produce el desplazamiento de una norma vigente que ha tenido efectos en el ordenamiento jurídico interno, pese a que sea finalmente inaplicada por consecuencia del control, esto producirá una anomalía en el sistema jurídico y una afectación a la legitimidad institucional de los órganos creadores de las normas desplazadas.

## 7. OBSERVACIONES FINALES

El debate sobre el control de convencionalidad en México apenas empieza, pero lo que sí es seguro es que no es una opción, es una obligación consustancial al propio desarrollo y Estado de Derecho global. El orden mundial, la comunidad internacional y la interacción entre sistemas: nacional e internacional, es inminente y, por la propia inercia de nuestra sociedad, imparable e impredecible. Por lo pronto hay que reconocer la necesaria y progresiva incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los ordenamientos constitucionales internos a través de las propias disposiciones normativas que indican esta aplicación en los ordenamientos internos.

Por otro lado, también por el reconocimiento expreso o tácito de una jerarquía normativa global sin afectar principios básicos de soberanía, Estado de Derecho y orden nacional. Ahora bien, si esta jerarquía normativa no es aceptada por razones de naturaleza jurídica, el camino por el que discurrirá México será seguramente una infiltración argumentativa en todos los órdenes y niveles jurídicos desde lo nacional, estatal (distribución territorial local), municipal.

El control de convencionalidad propicia la necesaria evolución interpretativa global de los derechos humanos. En el caso de México, es una forma extraordinaria para la efectividad de los derechos humanos, así como su efecto útil. Es, además, un mecanismo de aplicación del Derecho Internacional en sede interna. Es también un mecanismo que permite la mutación genético-estructural en la interpretación no solo moral, sino principalmente jurídico-política de la dignidad humana como fundamento nuclear de los DDHH.

En definitiva, es IMPOSTERGABLE que México se incorpore por vía legal, constitucional o interpretativa al estándar internacional mínimo de protección de derechos humanos, para una civilización digna de tal nombre; y el control de convencionalidad, ejercido en sus justos límites, es uno de los mecanismos procesales más idóneo para tal fin.

De estas observaciones también se ha iniciado y desarrollado en México, hasta cierto punto de manera muy importante, lo que se puede llamar el litigio estratégico en materia de derechos humanos. En este litigio, conforme pasa el tiempo, una mayor cantidad de abogados y estudiosos del Derecho se han visto en la necesidad de desarrollar todo el litigio en perspectiva de derechos humanos, buscando:

- a) Evidenciar prácticas violatorias de derechos humanos que estructuralmente están incrustadas en las instituciones nacionales.
- b) Proteger y visibilizar derechos humanos no garantizados formal o expresamente en la normativa escrita.
- c) Impugnar políticas públicas que contravengan el nivel mínimo de protección internacional de los derechos humanos.
- d) Promover el avance de la protección, efectividad, desarrollo y aplicación en toda la sociedad de los derechos humanos y por consiguiente de la justicia.
- e) Instaurar una cultura en derechos humanos como insumo en la construcción de un Estado de Derecho en sentido amplio.



## RESEÑAS CURRICULARES

JOAQUÍN A. MEJÍA RIVERA  
(Coordinador)

Hispano-hondureño. Abogado por la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH); doctor y maestro en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por el Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid (sobresaliente *cum laude* por unanimidad); doctorante y diploma de estudios avanzados en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por el Instituto Universitario de Investigación «Ortega y Gasset», adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. Autor y coautor de 15 libros, capítulos en libros colectivos, manuales y artículos en revistas, sobre temas relacionados con los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. Su libro más reciente, *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, fue publicado en el marco del proyecto editorial del Centro de Estudios de Actualización en Derecho de México y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, bajo el sello de la Editorial Ubijus. Desde 2002 representa a víctimas de violaciones a derechos humanos ante la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Actualmente es investigador del Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación; coordinador de investigaciones científicas del Instituto Universitario en Democracia, Paz y Seguridad de la UNAH; profesor visitante en la Especialidad de Justicia Constitucional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila en México; y miembro de la red de colaboradores y expertos de *Checks &*

Balances de Ecuador. jamejarivera@gmail.com, jamejarivera@eric-sj.org, joaquin.mejia@iudpas.org, <https://unah.academia.edu/JoaquínMejíaRivera>

JOSÉ DE JESÚS BECERRA RAMÍREZ

(Coordinador)

Mexicano. Profesor investigador de la Universidad de Guadalajara, miembro del Sistema Nacional de Investigadores reconocido por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología en México. Cuenta con estudios de licenciatura y maestría en Derecho por la Universidad de Guadalajara, maestro y doctor en Derechos Humanos por el Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid y la especialidad en justicia constitucional por la Universidad de Pisa. Autor de diversas publicaciones nacionales e internacionales en temas de derechos humanos, entre las que destacan: *El constitucionalismo ante los instrumentos internacionales de derechos fundamentales*, Ubijus-Ara, México-Perú, 2012 y *El constitucionalismo ante el control de convencionalidad su debate actual*, México, Porrúa, 2015. Se ha desempeñado como coordinador de la Carrera de Derecho y jefe del Departamento de Derecho Público en el Centro Universitario de la Ciénega de la Universidad de Guadalajara; actualmente es presidente de la Academia de Derecho Constitucional, miembro de la Junta Académica del programa de maestría y doctorado en Derecho del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Asimismo, es director del Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos en la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco en México.

ROGELIO FLORES

(Coordinador)

Mexicano. Abogado por la Universidad Nacional Autónoma de México, Maestría en Derecho Procesal Constitucional por el Centro de Estudios de Actualización en Derecho de México (CEAD), Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la

Universidad Panamericana de México y Máster oficial en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España, donde también obtuvo los títulos de Especialista en Derechos Humanos y en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución. Es director de la Colección Derecho Procesal de los Derechos Humanos, proyecto editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, el CEAD y la editorial Ubijus. Profesor visitante en la Universidad de Costa Rica y la Universidad de Castilla-La Mancha. Es miembro del Consejo Académico del CEAD y director del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México. [rogelioflores@cead.edu.mx](mailto:rogelioflores@cead.edu.mx)

WENDY J. MALDONADO URBINA

Guatemalteca. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Rafael Landívar (URL). Maestranda en Maestría en Estudios Estratégicos por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar (URL). Consultora en temas de Justicia en el Bufete jurídico de Derechos Humanos. [joharam@hotmail.com](mailto:joharam@hotmail.com)

JOSUÉ PADILLA EVELINE

Hondureño. Licenciado en Derecho con el título de abogado por la Universidad Católica de Honduras, pasante de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universitat de València-Estudi General de España, en conjunto con la Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Relator técnico de la Sala de lo Constitucional, encargado de la recopilación, clasificación y análisis de la jurisprudencia y doctrina constitucional de Honduras.

CARLOS RAFAEL URQUILLA BONILLA

Salvadoreño. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador y licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Ha realizado estudios sobre derecho internacional de los derechos humanos en la Universidad de Oxford del Reino Unido y de maestría en derechos humanos en la Universidad Estatal

a Distancia de Costa Rica. Posee una amplia experiencia jurídica tanto en el Sistema Interamericano como en el Sistema Universal de Derechos Humanos. Se ha desempeñado como director del Centro de Estudios Constitucionales de la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD), como asesor principal de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, y como subsecretario de Inclusión Social de la Presidencia de la República de El Salvador. Con una amplia experiencia como consultor y asesor jurídico para diferentes organizaciones no gubernamentales, entidades estatales y organismos internacionales, ejerció la coordinación académica del XXV Curso Interamericano de Derechos Humanos y de las tres primeras ediciones del Curso Especializado para Funcionarios de Estado sobre Litigio ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ambos impulsados por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Ha ejercido la docencia en materia de Derecho Internacional Público (Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho) y de Derecho Constitucional (Universidad Centroamericana «José Simeón Cañas», UCA, El Salvador), y ha sido invitado a realizar actividad docente en diferentes universidades latinoamericanas. Con numerosas publicaciones especializadas en materia de derechos humanos, actualmente es postulante al grado de máster en Estadística Aplicada a la Investigación (Universidad Centroamericana «José Simeón Cañas») y se desempeña como Procurador Adjunto para la Defensa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en El Salvador.

#### GONZALO CARRIÓN MARADIAGA

Nicaragüense. Licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana (UCA) de Managua. Máster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es defensor de Derechos Humanos, con el cargo de Director Jurídico del Centro Nicaragüense de Derechos Humanos (CENIDH), institución no gubernamental para la que labora desde hace más de 23 años. [ggcarrionm@gmail.com](mailto:ggcarrionm@gmail.com) y [chalocarrion@cenidh.org](mailto:chalocarrion@cenidh.org)

WENDY FLORES ACEVEDO

Nicaragüense. Licenciada en Derecho por la Universidad Centroamericana de Nicaragua (UCA). Postgrado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por el Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ) y Diplomado en Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica, por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actualmente se desempeña como abogada del Centro Nicaragüense de Derechos Humanos (CENIDH). wendyflores81@gmail.com y wflores@cenidh.org

SORAYA LONG

Costarricense. Licenciada en Derecho y Notaria pública, con estudios de doctorado en Derechos Humanos en la Universidad Complutense de Madrid. Tiene más de 25 años de experiencia de trabajo en derechos humanos en la región centroamericana. Fue coordinadora del Área de Prevención y Protección de la Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica (CODEHUCA), y directora de CEJIL MESOAMERICA. En la actualidad lleva siete años como consultora internacional independiente especialista en derechos humanos. Cuenta con amplia experiencia en el uso de instancias del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, es experta en evaluaciones de proyectos y programas, nacionales y regionales, vinculados a los derechos humanos, y en investigación y sistematización de buenas prácticas y lecciones aprendidas en temas de derechos humanos a partir de programas, prácticas y políticas públicas. Ha aportado a diversos actores de la cooperación internacional en la región, como el SNU, embajadas (Dinamarca, Noruega y Holanda), y ONG internacionales en el diseño de programas de cooperación. longsaborio@gmail.com

SALVADOR SÁNCHEZ G.

Panameño. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Santa María La Antigua. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Profesor universitario de Derecho Constitucional y de

Principios de Ciencia Política. Ha publicado artículos en revistas especializadas de América y Europa. Entre sus principales obras se encuentran *La desobediencia civil en Panamá* (1995), *El financiamiento de los partidos políticos en Panamá* (1997), *Introducción a la Defensoría del Pueblo* (2001, conjuntamente con Gisela de León), *Crítica a la Doctrina del Bloque de la Constitucionalidad* (2ª edición, 2010), *Los primeros diputados panameños: Ortiz y Cabarcas en las Cortes Españolas* (2012) y, en conjunto con Jorge Giannareas y Rigoberto González Montenegro, *La Sala de la Discordia. Estudios de Justicia Constitucional actual* (2012). Fue presidente de la sección panameña del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (2011-2015). Ha sido Director General de Asesoría Legal y Técnica de la Asamblea Nacional. En la actualidad es Secretario Ejecutivo de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República de Panamá.

#### JOSÉ MIGUEL CABRALES LUCIO

Mexicano. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona y por la Universidad Autónoma de Tamaulipas (UAT) con mención honorífica. Maestro en Derecho Público del Estado con especialidad en Derecho Constitucional por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid). Doctor Internacional *Cum Laude* en Derechos Fundamentales y Libertades Públicas por la Universidad de Castilla-La Mancha. Analista de jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España (2008). Autor y coautor de diversos libros, capítulos de libros y artículos científicos sobre Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos; entre otros, *El principio de Interpretación Conforme en la justicia constitucional. Teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada* (2015), editado por la Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. Profesor de tiempo completo y coordinador de investigación en la Unidad Académica de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UAT. Corresponsal *Ad Hoc* para la Revista *Public Law* (Londres) y para el programa *Voices from the*

Field del proyecto Constituttionnet auspiciado por el International Institute For Democracy and Electoral Assistance (IDEA) con sede en Estocolmo. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Estancias de investigación en la Universidad de Pisa, Cambridge, Oxford, Oslo, Vilnius, Externado. Miembro activo de diversas asociaciones académicas como la International Association of Constitutional Law, Asociación Española de Constitucionalistas, African Network of Constitutional Lawyers con sede en Ciudad del Cabo, Sudáfrica, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, entre otras.



Impreso en los talleres de  
Editorial Guaymuras,  
Tegucigalpa, Honduras,  
en el mes de enero de 2016.  
Su tiraje es de 1000 ejemplares.

**L**a interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos ha provocado una especie de tsunami jurídico que está cambiando la forma en que jueces y juezas nacionales interpretan y aplican el derecho vigente.

Las juezas y los jueces ya no pueden seguir siendo simples aplicadores de las normas nacionales, sino que se convierten en auténticos guardianes de los tratados internacionales de derechos humanos y de la jurisprudencia emanada de las interpretaciones realizadas por los órganos supranacionales facultados para ello.

En tal sentido, tienen la obligación de ejercer un doble control de la legalidad de los actos y omisiones de los poderes públicos: el control de constitucionalidad para determinar la congruencia de los actos y normas secundarias con la Constitución, y el control de convencionalidad para determinar la congruencia de los actos y normas internas con los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia internacional.

Dada la importancia de esta nueva realidad jurídica en la región, en el ERIC-SJ-Radio Progreso consideramos importante aportar a su reflexión publicando este trabajo que presenta ocho miradas al control de convencionalidad en México, Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.

JOAQUÍN A. MEJÍA RIVERA,  
JOSÉ DE JESÚS BECERRA Y ROGELIO FLORES

*Editorial*  
**San Ignacio**  
Editorial de la Universidad Católica de San Ignacio

 **diakonia**  
GENTE QUE CAMBIA EL MUNDO

  
editorial  
guaymuras

ISBN: 978-99926-739-7-3

