

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. CONTROL DE COMUNITARIEDAD Y CONVENCIONALIDAD¹

*Ya van varios meses, ya casi dos años, pues nuestra herida sigue ahí, viva.
Mamá, Los Avispones.²*

SUMARIO. I. Introducción. II. El desarrollo del Derecho Supranacional de los Derechos Humanos. III. El juez ordinario como un juez internacional. IV. Leyes nacionales incompatibles con los tratados de Derechos. V. La vulneración de los principios de seguridad jurídica y democracia ante la defensa de los Derechos Humanos. VI. La vulneración de los principios de seguridad jurídica y democracia ante la defensa de los Derechos Humanos. VII. Conclusiones y propuestas de modelos. Marco de referencia.

I. Introducción

La idea que aquí presento trata de generar un debate a modo de diagnóstico³, es decir, uno que permita recoger y analizar los datos de la experiencia del mundo latino⁴ para llegar y determinar las soluciones a una problemática compartida entre la Unión Europea y la Organización de Estados Americanos: la protección supranacional de los Derechos Humanos, que creó el control de convencionalidad –caso América- y el control de comunitariedad –

¹ Esta ponencia es un BORRADOR parte de mi tesis para obtener el grado de maestra en Derecho Constitucional por parte de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

² A propósito del caso Ayotzinapa que sigue siendo un claro ejemplo de la necesidad de reformar los Estados formalistas y fallidos, esta cita poco tiene que ver con el tema a desarrollar en el presente trabajo pero no podía dejar de mencionar que la realidad emergente no debe dejar de preocupar a los académicos, ni que toda filosofía del Derecho debe tener como tema urgente la solución de problemas reales con instrumentos efectivos que vean más allá del abogado común. Véase: Informe Ayotzinapa II, del Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI), disponible en:

<https://drive.google.com/file/d/0B3wuz7S3S9urY2YzdlrUmpSQTQ/view?pref=2&pli=1>.

³ Clasificación inspirada en el texto de Aguiló Regla, Josep, “Cuatro Modos de Debatir” Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 36, 2013.

⁴ Esta expresión la tomo de en el sentido de Manuel Atienza en su texto “Una propuesta de filosofía del Derecho para el mundo latino”, en Doxa, núm. 30, 2007.

caso Europa-, los cuales han modificado las formas de entender el Derecho e incluso han generado entre los operadores jurídicos nuevas formas de argumentar, pero ¿el control de comunitariedad/convencionalidad ha funcionado para hacer efectiva la protección de Derechos Humanos⁵?

El problema de una idealización de modelos en el mundo jurídico distancia la realidad social con el Derecho, la argumentación, entendida como una forma de solución de conflictos necesita de elementos de funcionabilidad que permitan al juez ordinario tener los elementos suficientes para generar soluciones. El modelo europeo que tomo a modo de ejemplo, nos brinda herramientas útiles, sin embargo no dejo de lado la necesidad de crear modelos que cuenten con una independencia y originalidad en su desarrollo.

Mi investigación se centra en un estudio comparado México-España, sin embargo analizaré sentencias de otros Estados que permitan acercarme a las posibles respuestas de los siguientes cuestionamientos: ¿es el juez ordinario también un juez de convencionalidad/comunitariedad?, ¿qué prevalece cuando hay una incompatibilidad entre un tratado de derechos humanos y una ley nacional? y ¿el sistema de protección internacional de los Derechos Humanos vulnera los principios de seguridad jurídica y democracia de los Estados?

Ante este panorama desarrollaré de manera concisa las particularidades y semejanzas que guarda el desarrollo de ambos controles en los países que devienen de una tradición civilista, mi investigación toma como base a Víctor Ferreres y su defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad sobre el desarrollo del control de comunitariedad en Europa, así como una visión de varios juristas latinoamericanos sobre la defensa del control de convencionalidad y una postura que se acerca más al *judicial review*. Posturas que distan mucho pero que aportan elementos a entender.

⁵ Utilizaré el sentido convencional de la palabra Derechos Humanos para referirme a los derechos subjetivos reconocidos en las constituciones nacionales y en los tratados internacionales, sin dejar de lado que en Europa se le ha denominada “Derechos Fundamentales”.

II. El desarrollo del Derecho Supranacional de los Derechos Humanos

Estamos en la época de los Tribunales, enuncia Boaventura de Sousa en el primer capítulo de su libro “*Para uma revolução democrática da justiça*”⁶ y es que desde la segunda mitad del siglo XX, una época de conflictos sociales, políticos y económicos, se ha depositado una confianza en la figura del juez para resolver los problemas que aquejan a la sociedad, ejemplos como el de República de *Weimar*, las reformas del *New Deal*, la validación de las elecciones presidenciales en México en el año 2006; muestran la judicialización de la política y la importancia que una sentencia puede tener en el desarrollo económico y democrático de un Estado.

Pero no solo es la época de los Tribunales, también convergen en esta dinámica el fenómeno de la globalización⁷ que en el Derecho ha influido –entre muchas otras cosas- para la creación de un orden supranacional y en la internacionalización de los Tribunales en la salvaguarda de ese orden. Añadiendo a lo anterior el cambio de paradigma que estamos viviendo del positivismo al post-positivismo⁸, donde el clásico positivismo kelseniano es

⁶ Santos, Boaventura de Sousa, *Para uma revolução democrática da justiça*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 19.

⁷ El problema de la globalización es bastante complejo, pero en este tema, quiero hacer referencia solo a una parte del mismo, si bien la Globalización se puede entender en general como un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales. Boaventura hace una división entre globalización entendida como localismo globalizado, globalismo localizado, cosmopolitismo y herencia común de la humanidad. En el tema que nos ocupa es el cosmopolitismo y la ida de una herencia común de la humanidad lo que originó el derecho internacional público que aunque con efectos negativos puede utilizarse como vínculo para la protección de los Derechos Humanos ya no en una sede puramente nacional; véase: Santos, Boaventura de Sousa, *La globalización del Derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. César Rodríguez, Coimbra, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, 1998. pp. 55 a la 61.

⁸ Llamados por algunos autores como post-positivismo o neoconstitucionalismo, que para efectos utilizaré el primero para explicar aquel fenómeno que concibe al Estado de Derecho como Estado Constitucional. Véase: Aguiló Regla, Josep “*Positivismo y Post-positivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*”, *doxa*, cuadernos de filosofía del Derecho, 30 (2007), pp. 665-675.

cuestionado y resurge la necesidad de incursionar el tema de los Derechos Humanos, de los cuales se advierte la creación de nuevos mecanismos de argumentación e interpretación del Derecho sobre casos que son más difíciles de resolver.

Explica ante esto Manuel Atienza⁹ que actualmente en los Estados Constitucionales se ha dado un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y por lo tanto una mayor demanda de argumentación jurídica que la que se requería en el Estado Legislativo de Derecho, siendo así la argumentación jurídica judicial un tipo de argumentación práctica dirigida a justificar (no a explicar) las decisiones. Que ha transformado la forma de entender el Derecho en los Estados actuales. A lo anterior yo añadiría que esta argumentación no solo se queda en el ámbito nacional sino que su sede es internacional, y las sentencias de los jueces internacionales terminan por cambiar la forma de entender el Derecho por parte de los Estados, fue así como con el caso Radilla Pacheco¹⁰ en México el cambio se hizo visible y se comenzó una larga tarea que aún continua de argumentar de manera diferente el Derecho.

De este modo cuando combinamos el aumento del poder decisivo del juez, tribunales internacionales de derechos humanos, la ola de post-positivismo y la necesidad de argumentar el Derecho se crean los mecanismos jurídicos del Control de Convencionalidad y Comunitariedad. Con lo cual el juez ordinario en su actividad diaria se ve enfrentado, cada vez más, a las exigencias no sólo del propio Derecho, sino también a las del Derecho de otros sistemas. Los estados ya tienen una presión internacional no solo nacional y la dinámica desarrollada se complica en los sistemas que vienen de una tradición civilista en donde los controles constitucionales eran encargados por un Tribunal Constitucional.

⁹ Atienza Rodríguez, Manuel *“Argumentación y Constitución”*, en Alarcón Cabrera, Carlos et al (coordinadores), interpretación y argumentación jurídica, problemas y perspectivas actuales, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, pp. 89 a la 92.

¹⁰ Caso Radilla Pacheco vs. México, resolución de la presidenta de la corte interamericana de derechos humanos de 29 de mayo de 2009, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/radilla_29_05_09.pdf.

En primer término haré una descripción de la forma en que surgieron ambos controles, después cuatro preguntas claves que se han desarrollado en el mundo latino: ¿es el juez ordinario un juez internacional?, ¿Prevale un tratado internacional sobre una ley nacional? y ¿se vulneran los principios de seguridad, certeza y democracia con estos nuevos mecanismos hermenéuticos?.

1. El control de comunitariedad europeo

Entender la enorme complejidad de la creación de la Unión Europea no sería tema suficiente para este apartado, por lo cual, haré un breve resumen sobre los elementos básicos que me permiten sobretodo analizar las llamadas “presiones externas” que el juez ordinario tiene en su argumentación-caso europeo- respecto a dos Tribunales que influyen en su desarrollo: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en Estrasburgo.

A. El origen del Control de Comunitariedad

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo es la autoridad judicial de la Unión Europea y, en colaboración con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, vela por la aplicación y la interpretación uniforme del Derecho de la Unión, tiene su sede en Luxemburgo, está integrado por tres órganos jurisdiccionales: el Tribunal de Justicia, el Tribunal General (creado en 1988) y el Tribunal de la Función Pública (creado en 2004).¹¹

La interpretación y aplicación del Derecho de la Unión en los pleitos ordinarios se deja, básicamente, en manos de los jueces nacionales. Estos jueces actúan, sin embargo, de acuerdo con las orientaciones de un tribunal central que está en Luxemburgo. Esta situación resulta en primera instancia similar al desarrollo del control de convencionalidad que se ha dado en América y el carácter subsidiario de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pero este proceso adquirió ciertos matices importantes debido a un instrumentos

¹¹ Para mayor información véase: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/

procesal la cuestión prejudicial y la doctrina Simmenthal que describiré en los siguientes apartados.

B. Cuestión Prejudicial

La cuestión prejudicial es una técnica centralizadora que tiende a concentrar en el Tribunal de Justicia el "control de comunitariedad", es decir, su finalidad es garantizar la unidad de interpretación del tratado por los órganos jurisdiccionales nacionales, lo que venía a confirmar que los Estados han reconocido al derecho comunitario una eficacia susceptible de ser invocada por sus nacionales ante dichos órganos.¹²

Tiene competencia para conocerla el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo, lo puede promover tanto el Tribunal Nacional como el juez ordinario, su fundamento está previsto en el artículo 19, apartado 3, letra b), del Tratado de la Unión Europea¹³ y el artículo 267¹⁴ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por lo cual este medio es el más importante para analizar la compatibilidad de los tratados internacionales celebrados por los países miembros de la Unión Europea con el derecho interno de los Estados.

Hasta 1964 el Derecho comunitario Europeo debía prevalecer en caso de conflicto frente a la legislación nacional de acuerdo con el caso Costa 6/64 de 15 de julio de 1964, es decir, solo era una excepción sin embargo fue con el caso Simmenthal cuando la argumentación llevada a cabo cambió la forma de entender la relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho Interno de cada uno de los Estados.

¹² Alonso García, Ricardo, *El juez español y el Derecho Comunitario*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 216.

¹³ Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, C núm. 340 de 10 de Noviembre de 1997 y BOE de 13 de Enero de 1994, vigencia desde 01 de Mayo de 1999.

¹⁴ Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, nº C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390.

C. La doctrina Simmenthal

En 1978 el Tribunal de Justicia de Luxemburgo conoció el caso Simmenthal¹⁵. La sociedad italiana Simmenthal venía importando carne bovina de Francia y pagando unos derechos de inspección sanitaria que la administración italiana le exigía en virtud de una Ley de 1934, modificada en 1970, ante esto recurrieron al *Pretore* de Susa que constató la existencia de una contradicción entre determinadas normas comunitarias y una ley nacional posterior. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo por su parte en su segundo pronunciamiento sobre la revisión prejudicial, refirió lo siguiente:

*“El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”.*¹⁶

Antes de ella los Estados miembros parecían tener libertad para decidir cómo debían reaccionar sus tribunales nacionales cuando se enfrentaran a una ley nacional supuestamente contraria al Derecho comunitario europeo. Pero después de esta doctrina la inaplicación es, pues, la solución que ha de adoptar el juez nacional frente a las normas internas contrarias al derecho comunitario. Las justificaciones de la doctrina Simmenthal, se basa en lo siguiente¹⁷:

- Si los tribunales tuvieran que suspender el procedimiento principal y pedir la intervención del tribunal constitucional, habría un retraso en la

¹⁵ Simmenthal II, caso 106/77, de 9 de marzo de 1978.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Ferreres Comella, Victor, Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 186 a la 190.

resolución de los pleitos, lo que comportaría un obstáculo para la plena eficacia del Derecho Comunitario.

- Si la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en una determinada materia no es suficientemente clara para que el juez nacional pueda decidir con seguridad si la ley aplicable al pleito es o no conforme con el ordenamiento comunitario, es al Tribunal de Justicia de Luxemburgo a quien hay que preguntar para aclarar las dudas, y no al tribunal constitucional nacional.

D. El Tribunal Europeo de Derecho Humanos

Talvez lo más similar a la Corte Interamericana de Derechos humanos y que se inspira en el modelo europeo, sea el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, que se deriva del Convenio europeo de Derecho Humanos, el cual ha sufrido evoluciones importantes a diferencia de la Corte Interamericana, se reconoce el derecho de los individuos de presentar casos directamente ante el Tribunal, siendo raro que los Estados presenten demandas. Sin embargo uno de sus graves problemas es el colapso que sufre el Tribunal por el altísimo número de casos que le llegan en el protocolo 14 (2010) se introducen algunas reformas para resolver de modo más expedito.

Por su parte a diferencia de la doctrina antes expuesta (Simmenthal) el Tribunal de Estrasburgo respeta la organización interna de cada país, en algunos se ha hecho un control concentrado en otros difuso; el Tribunal Constitucional Español, por ejemplo, ha declarado que son los jueces ordinarios los competentes para fiscalizar las leyes bajo los tratados internacionales. Parece deducirse de todo ello, pues, que los jueces ordinarios pueden inaplicar una ley española por infringir el Convenio, sin necesidad de plantear cuestión al Tribunal Constitucional¹⁸. (STC 28/1991 de 14 de febrero)¹⁹.

¹⁸ *Ibíd*em p. 207.

¹⁹ Sentencia 28/1991, de 14 de febrero de 1991, dictada por el Tribunal Constitucional Español, disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1667>.

2. El control de convencionalidad

Por su parte el control de convencionalidad se entiende como aquella doctrina hermenéutica desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en la interpretación conjunta de los artículos 1.1, 2 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos²⁰, que plantean como líneas temáticas principales: 1) el compromiso de los Estados miembros de la Convención, 2) la adopción de disposiciones a nivel interno y 3) el efecto integrador de los derechos humanos.

Dicho esto la Corte Interamericana ha definido al Control de Convencionalidad como aquel “criterio hermenéutico” que establece una obligación internacional a cargo de todas las autoridades que pertenecen a un Estado, en la interpretación de cualquier norma Constitucional local, de conformidad con la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el *Corpus Iuris Interamericano* de Derechos Humanos, y hasta, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, en la mencionada línea de interpretación. Este concepto es el que usaremos a lo largo de la presente investigación.

A. Evolución Jurisprudencial

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia, ha desarrollado los alcances del Control de Convencionalidad; en un primer término, y antes de denominarle propiamente “Control de Convencionalidad”, se había aplicado como tal, ya que en casos como *Suárez Rosero vs Ecuador*²¹, la Corte determinó la existencia de leyes contrarias a la Convención y con la inercia anterior, para el año de 2001, en el caso *Barrios*

²⁰ Convención Interamericana de Derechos Humanos, celebrada en San José Costa Rica, 1969, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

²¹ Caso *Suárez Rosero vs Ecuador*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 12 de noviembre de 1997, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf.

Altos vs Perú²², la Corte se pronunció sobre la incompatibilidad de una ley de amnistía, que exoneraba de responsabilidades por violaciones a los derechos humanos (inclusive en participación y en contravención la Convención Americana sobre Derechos Humanos) a militares, policías y civiles, que se hubieran cometido entre 1980 y 1995.

Así la denominación del Control de Convencionalidad surgió en los votos particulares del Juez Interamericano Sergio García Ramírez, en los casos Myrna Mack²³ y Tibi²⁴; en los cuales realizó una aproximación conceptual al Control de Convencionalidad, realizado en la sede Interamericana y en el ámbito interno de los Estados. Pero no fue sino hasta el caso Almonacid²⁵ Arellano y otros vs Chile; en donde la Corte precisa los principales elementos del Control de Convencionalidad.

Es decir, en un primer término la obligación de aplicar dicho control era para los jueces y se asemejaba bastante al “Control de Constitucionalidad”, que los Estados aplicaban, (y como se analizará a continuación) este control se extendió y adquirió una dinámica diferente para el desenvolvimiento del mismo.

B. Parámetros básicos de aplicación

Vista la evolución, la introducción y aplicación del término; resulta necesario, estudiar los parámetros básicos, del Control de Convencionalidad,

²² Caso Barrios Altos vs Perú, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 30 de noviembre de 2001, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_87_esp.pdf.

²³ Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 25 de noviembre de 2003, p. 27, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

²⁴ Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Resuelto por la Corte Interamericana de Derechos humanos mediante sentencia de 7 de septiembre de 2004, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.

²⁵ Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 26 de septiembre de 2006, p. 124, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

creados desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

a) El control de convencionalidad debe ser realizado ex officio y en el marco de competencias y regulaciones procesales correspondientes.²⁶

b) La obligación de realizar el control de convencionalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.²⁷

c) Es una obligación de toda autoridad pública y no sólo del Poder Judicial, es decir se incluyen el poder legislativo.²⁸

d) El parámetro de convencionalidad se extiende a otros tratados de derechos humanos.²⁹

e) La Convención Americana sobre derechos humanos no impone un determinado modelo de control de convencionalidad.³⁰

²⁶ Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf.

²⁷ Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf.

²⁸ Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

²⁹ Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_262_esp.pdf.

³⁰ Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf.

f) Parámetro de convencionalidad se debe ampliar a las opiniones consultivas.³¹

Es importante mencionar que la Corte Interamericana ha precisado que el Control de Convencionalidad puede implicar la expulsión de normas contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos, o bien, su interpretación conforme a la misma, es decir la obligación de adecuar la legislación interna de los Estados para generar una armonización. De este modo la forma en que ha sido tomado por los distintos países varía de un modo a otro, por su parte aunque el Estado Mexicano lo adoptó de una manera abierta en su famosa reforma constitucional del año 2011 este fue limitado mediante diversos fallos que se dieron por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

C. El cambio de tradición jurídica y el control difuso.

La similitud –que es lo que interesa en esta parte del trabajo- entre el control de comunitariedad con el de convencionalidad, se trata de que convergen tanto el Derecho Internacional con el Derecho Interno de los Estados, el punto central a debatir en este texto se limita a la materia de Derechos Humanos pero sin lugar a duda este binomio Derecho Interno y Externo no deja de lado algunos fenómenos que en países de América se está viviendo como una imposición de políticas públicas que atentan con los intereses de la nación, tema que no será abordado en este aspecto al limitarnos solo a la primera concepción de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por lo cual varios autores refieren que la clásica estructura del Tribunal Constitucional kelseniano sufre un impacto en su clásico funcionamiento en Europa. Se puede hablar así de una modificación de hecho de los sistemas constitucionales nacionales, que vendría dada por la que *Theo Ohlinger* denomina: "americanización estructural del derecho europeo continental", que es la resultante del cambio del rol de los tribunales, que de órganos de aplicación del derecho creado por el Parlamento, del derecho legal, se convierten en

³¹ Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, de 19 de agosto de 2014, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf.

órganos de revisión y fiscalización del mismo. Con esto, la tradicional equiparación euro-continental entre derecho y ley, siendo ya discutible desde una óptica teórico-jurídica, deja de ser válida también desde el punto de vista pragmático.³²

Por lo demás, esta concepción del "control de comunitariedad" impacta fuertemente sobre los presupuestos mismos en que se asienta el "control de constitucionalidad" en aquellos sistemas en que tal control se concentra en un único órgano, en Europa, normalmente un Tribunal Constitucional, aunque no en muchos países de América Latina. En América Latina y en específico en el caso mexicano el impacto causado por el control de convencionalidad adquiere otras dimensiones puesto que su funcionabilidad al no tener un control concentrado de la constitucionalidad como tal, sino una especie de control mixto, hace que su aplicación se haya desarrollado de manera tajante por parte de los jueces, adoptando a veces posturas que lo permite y otras que lo bloquean.

Sin embargo existen otras posturas en Europa que refieren que el entrelazado de los ordenamientos jurídicos, no en la supremacía de uno sobre los demás, está la receta del éxito, es cierto que el Derecho europeo pretende primacía en la aplicación incluso respecto de las Constituciones nacionales, pero reconoce su identidad constitucional y los principios y valores comunes.³³ Debido en gran parte a que el sentido de la Unificación Europea corresponde a un proyecto de forma de estado mucho más complejo.

En definitiva, el derecho comunitario³⁴, además de ser un ordenamiento jurídico autónomo, con su propio sistema de producción normativa, posee una fuerza específica de penetración en el orden jurídico interno de los Estados

³² Fernández Segado, Francisco, El Juez Nacional como juez comunitario europeo de Derecho Común. Las Transformaciones Constitucionales dimanantes de ello, Cuestiones Constitucionales, número 13, junio-julio 2005, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/CuestionesConstitucionales/numero/13/ard/ard2.htm>.

³³ Ídem

³⁴ Ídem.

miembros, nacida de su propia naturaleza, que se manifiesta en los dos principios que vertebran las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales:

- 1) El principio de eficacia directa o de aplicabilidad inmediata.
- 2) El principio de primacía.

Por su parte en América Latina y en los estados en donde se deviene de una tradición civilista el impacto también ha generado cambios en la forma de entender el Derecho, el desarrollo del control de comunitariedad como se vio se separa en gran medida de la concepción que en Europa se tiene sobre la Unión Europea, sin embargo en América, aunque se constituye una Organización de Estados Americanos se distancia bastante la idea de crear una comunidad internacional que se someta a su soberanía.

Hasta este punto que ha sido mi parte descriptiva del trabajo, mi intención fue tratar de poner un panorama general respecto al desenvolvimiento de ambos controles con el Derecho Interno y plantear las cuestiones que en común se tiene para tratar de solucionar algunos problemas que enunciaré en los siguientes subtemas. Las realidades Latinas tienen aspectos en común que no se limitan a un problema regional sino que ven más allá para tratar de encontrar soluciones a problemas que están apareciendo en una dinámica global.

III. El juez ordinario como un juez internacional

¿Es el juez ordinario un juez de comunitariedad? esta es la cuestión que se ha planteado en el mundo jurídico; en los sistemas concentrados de control de la constitucionalidad, esto no puede suceder –enuncian algunos al defender la idea de Tribunal Constitucional y control concentrado de constitucionalidad-, sin embargo existe una especie de presión externa innegable a los jueces derivada de desarrollos supranacionales del Derecho.

En América mucho se ha exaltado que los jueces nacionales son jueces de convencionalidad, fue así que el juez internacional Eduardo Ferrer McGregor lo ha expresado en votos particulares, después la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo instituyó e incluso en algún momento en el asunto varios

912/2010 lo precisó la Suprema Corte de Justicia en México. Con lo cual, se desató en México una especie de activismo judicial, sin que resulte del todo un término peyorativo, ya que sí bien los jueces tiene que racionalizar sus ideas plasmadas en las sentencias para que se alejen un poco de la ideología o se vuelva una forma totalmente subjetiva de resolución de conflictos, la labor del juez no puede asumirse burocráticamente y pasar el trabajo más complicado a otros órganos.

Sin embargo la Doctrina Europea lo ha entendido de otra forma así que con el ejemplo de Gustavo Zagrebelsky, en su obra *giustizia costituzionale* y su crítica que hace, a la cual el libro de Ferreres comenta es que el cometido del Tribunal Constitucional no es sólo controlar al legislador, sino también resguardarle frente a un exceso de activismo por parte de algunos jueces ordinarios. El Tribunal se ha convertido así tanto en un *censoere* como en un *difensore* del legislador.³⁵ Ante lo anterior, hay cuestiones que el caso Americano no se ha analizado del todo y es la tajante distinción entre “interpretación posible” y “corrección” de las leyes que resulta también capital en un sistema de justicia constitucional.

Distinción que es adoptado en Reino Unido a través de la Human Rights Act 1998³⁶. El cual establece dos técnicas distintas a la hora de proteger los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la primera es interpretar las leyes de manera tal que resulten en armonía con los derechos del convenio y la segunda en caso de incompatibilidad el tribunal se limita a expresar su juicio de que la ley debe ser modificada para asegurar el debido respeto a los derechos humanos. Lo esperable es que se produzca entonces un debate público acerca de la cuestión, y que el parlamento sopesa con rigor si hay que modificar o no la ley, a la vista de la decisión judicial.³⁷

³⁵ Ferreres Comella, Victor, *op. cit.*,p. 174.

³⁶ Véase: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>.

³⁷ Fernández Segado, Francisco, El Juez Nacional como juez comunitario europeo de Derecho Común. Las Transformaciones Constitucionales dimanantes de ello, *op. cit.*

Pese a lo anterior, y como hemos explicado la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión en los pleitos ordinarios se deja, básicamente, en manos de los jueces nacionales. Estos jueces actúan, sin embargo, de acuerdo con las orientaciones de un tribunal central que está en Luxemburgo: ya que su función más importante, sin embargo, es garantizar que el Derecho de la Unión Europea es interpretado y aplicado de manera uniforme en todos los Estados miembros.³⁸

Con lo anterior el juez comunitario de derecho común es el juez nacional, provocando la llamada "rebelión de los jueces inferiores contra sus superiores", porque, consciente de que las decisiones de los tribunales de última instancia no permitirían asegurar plenamente la aplicación íntegra del derecho comunitario en el orden jurídico interno, el Tribunal de Justicia invita a "todo juez nacional competente" a inaplicar "por su propia autoridad" cualquier ley estatal, incluso posterior, incompatible con el derecho comunitario.³⁹

Si bien un amplio activismo judicial es dañino para dotar de certeza y seguridad jurídica a todos los casos que se resuelvan que estos deben de sujetarse a la argumentación más adecuada y objetiva; los sistemas complejos con un gran número de casos a resolver reventarían si esta función de control de convencionalidad/comunitariedad solo se dejará a unos cuantos. Ahora el problema es que no existe un verdadero foro de discusión en dónde se demuestre que el Tratado de internacional celebrado debe ser incursionado a un orden jurídico interno.

Ante lo anterior la tendencia es a atribuir a los jueces nacionales mayores atribuciones para que puedan generar una armonización de preceptos, muchas opciones para resolver las posibles incompatibilidades son el diálogo jurisprudencial entre Tribunales Nacionales e Internacionales. Pero más que ser una cosa de diálogos la pieza necesaria es que la armonización sea parte de un

³⁸ Ídem.

³⁹ Ídem.

proceso democrático que permita a las sociedades tener un mecanismo de inserción especial de tratados internacionales.

IV. Leyes nacionales incompatibles con los tratados de Derechos Humanos

¿Es el Derecho de la Unión Europea, o son las Constituciones nacionales, el Derecho supremo? Es una cuestión que se ha planteado en la dinámica que el Derecho Comunitario ha jugado. Recordando que El tribunal constitucional debe ser el interlocutor de Luxemburgo cuando están en juego principios últimos enraizados en la Constitución nacional.

Los tratados de la Unión solo pueden regular las materias delimitadas por los tratados, quedando el poder legislativo residual en manos de los Estados. La Unión sólo puede regular las materias delimitadas por los tratados, quedando el poder legislativo residual en manos de los Estados. Existen diversos procedimientos para elaborar las normas europeas, en los que participan de diversos modos la Comisión, el Consejo y el parlamento europeos. Según la materia de que se trate, la Unión puede aprobar reglamentos (que vienen a ser equivalentes a las leyes en el plano nacional) o directivas (que son normas marco que obligan a los Estados en cuanto al resultado que deba conseguirse, pero dejan a sus manos la elección de la forma y de los medios. El contenido establece dos mecanismos que un Estado podría emplear para lograr que una ley nacional prevalezca sobre el Convenio: 1) en caso de guerra o peligro público que amenace a la vida de la nación (15 del convenio). 2) un Estado puede formular una reserva para proteger una determinada ley nacional que pueda estar en desacuerdo con el Convenio (57 del convenio).⁴⁰

En determinados Estado los jueces gozan de un mayor poder de revisión de las leyes cuando los derechos invocados los del Convenio, que cuando son invocados los derechos de la Constitución nacional. En los países bajos la constitución prohíbe explícitamente a los jueces negarse a aplicar las leyes por motivos de constitucionalidad, pero les exige inaplicar tales leyes cuando no

⁴⁰ Ferreres Comella, Victor, *op. cit.*,p. 174.

resulten conformes a los tratados internacionales. En el caso de América esto sucede del mismo modo ya que el control de convencionalidad ha desarrollado una especie de ductilidad que lo hace aplicarse de una forma más tajante que el propio control de constitucionalidad.

Se precisa que una cosa es que el parámetro de validez del derecho comunitario derivado deba ser el propio ordenamiento jurídico comunitario —y no los ordenamientos jurídicos nacionales—, con los tratados constitutivos en la cúspide, y otra muy distinta que éstos se impongan frente a su razón de ser, que no es otra que la cesión de soberanía operada por los Estados miembros al amparo de sus respectivas Constituciones. Esto, en todo caso, exige de una interpretación integradora al más alto nivel jurisdiccional, es decir, de una interpretación *pro constitutione* de los tratados por el Tribunal de Luxemburgo y de una interpretación *pro communitate* de las Constituciones nacionales por parte de los respectivos tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros.⁴¹

Con lo anterior se concluye que las particularidades de la Unión Europea son un ideal que los modelos Americanos han asumido para constituirse en una verdadera Unión de Estados, pero ante lo difícil de la situación de los contextos latinoamericanos y la ola de imperialismo dominante en muchas de sus situaciones. Lo ideal sería reforzar los Estados fallidos —como el caso de México— desde adentro dejando que la intervención del control de comunitariedad solo se lleve a cabo sobre cuestiones de Derechos Humanos.

La urgencia de una estancia interamericana de defensa de Derechos no puede en nada suponer una invasión a la esfera de competencia, sin embargo la actitud de nombramiento de los jueces interamericanos dista mucho de ser congruente, con lo cual, es necesario en un contexto de equidad tratar de nutrir a estos organismos de mayor participación de los Estados miembros.

⁴¹ Ídem.

V. La vulneración de los principios de seguridad jurídica y democracia ante la defensa de los Derechos Humanos

¿La seguridad se ve afectada si se establece un sistema difuso? según el texto de Víctor Ferreres el convenio no es legislación ordinario como lo es gran parte del Derecho Comunitario, además de que consagra un conjunto de principios fundamentales cuya interpretación es a menudo profundamente controvertida. Aunado a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no puede ser consultado por los jueces nacionales, en caso de duda acerca de cuál es la interpretación correcta del Convenio en conexión con determinado problema, no existe la cuestión prejudicial. El tribunal recurre al método de ponderación casuística.

Existe así un contraste importante entre el tribunal de Luxemburgo y de Estrasburgo contraste que se explica, en parte, por sus razones funcionales. El primero, en efecto, es consciente de que uno de sus principales cometidos es asegurar la uniforme interpretación y aplicación del Derecho comunitario. Él es el órgano encargado de fijar el significado de un cuerpo de leyes que derivan de un sistema político cuasifederal. Tiene por ello, un fuerte incentivo institucional para establecer reglas jurisprudenciales relativas claras y categóricas que los tribunales nacionales deben seguir de modo convergente. El segundo, en cambio, no es un tribunal supremo que opere en el interior de un régimen cuasifederal, sino un tribunal internacional que ofrece, desde el exterior, una capa adicional de protección a los derechos humanos. Lograr la uniformidad en la interpretación de esos derechos no es la justificación más importante de su existencia.

En el caso de América Latina el problema resulta aún una cuestión presupuestaria de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pero a la vez la propia existencia de la misma como filtro para pasar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es un filtro difícil de pasar. Con lo anterior he iniciado con el tema de Ayotzinapa para precisar una urgencia inminente en la necesidad de las presiones externas hacia las autoridades, contrario a lo dicho en alguna al libro de Víctor Ferreres, puesto que aunque el control difuso de convencionalidad implica entrar a una dinámica diferente de ingeniería

constitucional, que puede caer en un activismo judicial desmedido, el problema latinoamericano es justo la falta de activismo de los jueces, su gran inactividad ante las injusticias, implica reactivar al juez local que conoce de casos muy precisos para masificar la solución de violaciones a Derechos Humanos.

VI. Conclusiones y propuesta de modelos

a) Tanto el control de comunitariedad como el de convencionalidad persiguen el mismo fin que se protejan los Derechos Humanos plasmados en los Tratados internacionales, la jurisprudencia de los Tribunales Regionales Internacionales y el llamado *Corpus Juris* (que puede referirse a Derechos Humanos plasmados en los Tratados de la Organización de las Naciones Unidas).

b) En Europa a pesar de que Alemania ha establecido algunas restricciones se tiene la idea de que el Derecho comunitario debe prevalecer sobre los ordenamientos internos pero el problema de la seguridad y certeza jurídica ha creado un ambiente bastante tenso sobre el control de comunitariedad y los Tribunales Constitucionales.

d) Lo que se puede aprender de la experiencia Europea para la aplicación del Control de Convencionalidad, lo centro en tres puntos: es necesario desarrollar un mecanismo local –caso México- para la incursión de tratados internacionales que permita la discusión política de los mismos y no deje en los jueces todas las cargas decisivas sobre la incompatibilidad entre un tratado y una ley. En un segundo término faltaría precisar y limitar a los jueces locales para que realizando una argumentación que no sea correctiva pero que tenga la racionalidad suficiente para crear un modelo argumentativo capaz de resolver los temas de Derechos Humanos, con lo cual un control mixto de constitucionalidad como el mexicano se vería beneficiado. En tercer término las presiones externas a las autoridades nacionales pueden tener efectos negativos como el caso Europeo –en donde los Tribunales Constitucionales funcionan- pero en el caso Americano –donde han perdido legitimidad- son necesarias para la solución de conflictos con lo cual no se puede limitar solamente a un control concentrado de constitucionalidad.

Marco de referencia

A. Bibliografía

Alarcón Cabrera, Carlos et al (coordinadores), *interpretación y argumentación jurídica, problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011.

Alonso García, Ricardo, *El juez español y el Derecho Comunitario*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003.

Atienza Rodríguez, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trota, Madrid, 2013.

Fernández Segado, Francisco, *El Juez Nacional como juez comunitario europeo de Derecho Común. Las Transformaciones Constitucionales dimanantes de ello*, Cuestiones Constitucionales, número 13, junio-julio 2005, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/CuestionesConstitucionales/numero/13/ard/ard2.htm>.

Ferreres Comella, Victor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Santos, Boaventura de Sousa, *Para uma revolução democrática da justiça, Coimbra*, Almedina, 2015.

Stolleis, Michael et al., *El Derecho constitucional de la globalización*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013.

Matia Portilla, Francisco Javier (director), *la protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002.

B. Hemerografía

Aguiló Regla, Josep, "Cuatro Modos de Debatir" *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 36, 2013.

Manuel Atienza en su texto “Una propuesta de filosofía del Derecho para el mundo latino”, en Doxa, núm. 30, 2007.

Aguiló Regla, Josep “Postivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, doxa, cuadernos de filosofía del Derecho, 30 (2007), pp. 665-675.

C. Sentencias y convenios

Convención Interamericana de Derechos Humanos, celebrada en San José Costa Rica, 1969, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

Diario Oficial de la Unión Europea, C núm. 340 de 10 de Noviembre de 1997 y BOE de 13 de Enero de 1994, vigencia desde 01 de Mayo de 1999.

Diario Oficial de la Unión Europea, nº C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390.

Sentencia 28/1991, de 14 de febrero de 1991, dictada por el Tribunal Constitucional Español, disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1667>.

Caso Suárez Rosero vs Ecuador, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 12 de noviembre de 1997, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf.

Caso Barrios Altos vs Perú, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 30 de noviembre de 2001, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_87_esp.pdf.

Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 25 de noviembre de 2003, p. 27, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Resuelto por la Corte Interamericana de Derechos humanos

mediante sentencia de 7 de septiembre de 2004, disponible en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 26 de septiembre de 2006, p. 124, disponible en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (aguado Alfaro y otros) vs. Perú, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, disponible en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf.

Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf.

Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, disponible en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_262_esp.pdf.

Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, disponible en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf.

Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, de 19 de agosto de 2014, disponible en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf.

Caso Radilla Pacheco vs. México, resolución de la presidenta de la corte interamericana de derechos humanos de 29 de mayo de 2009, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/radilla_29_05_09.pdf.