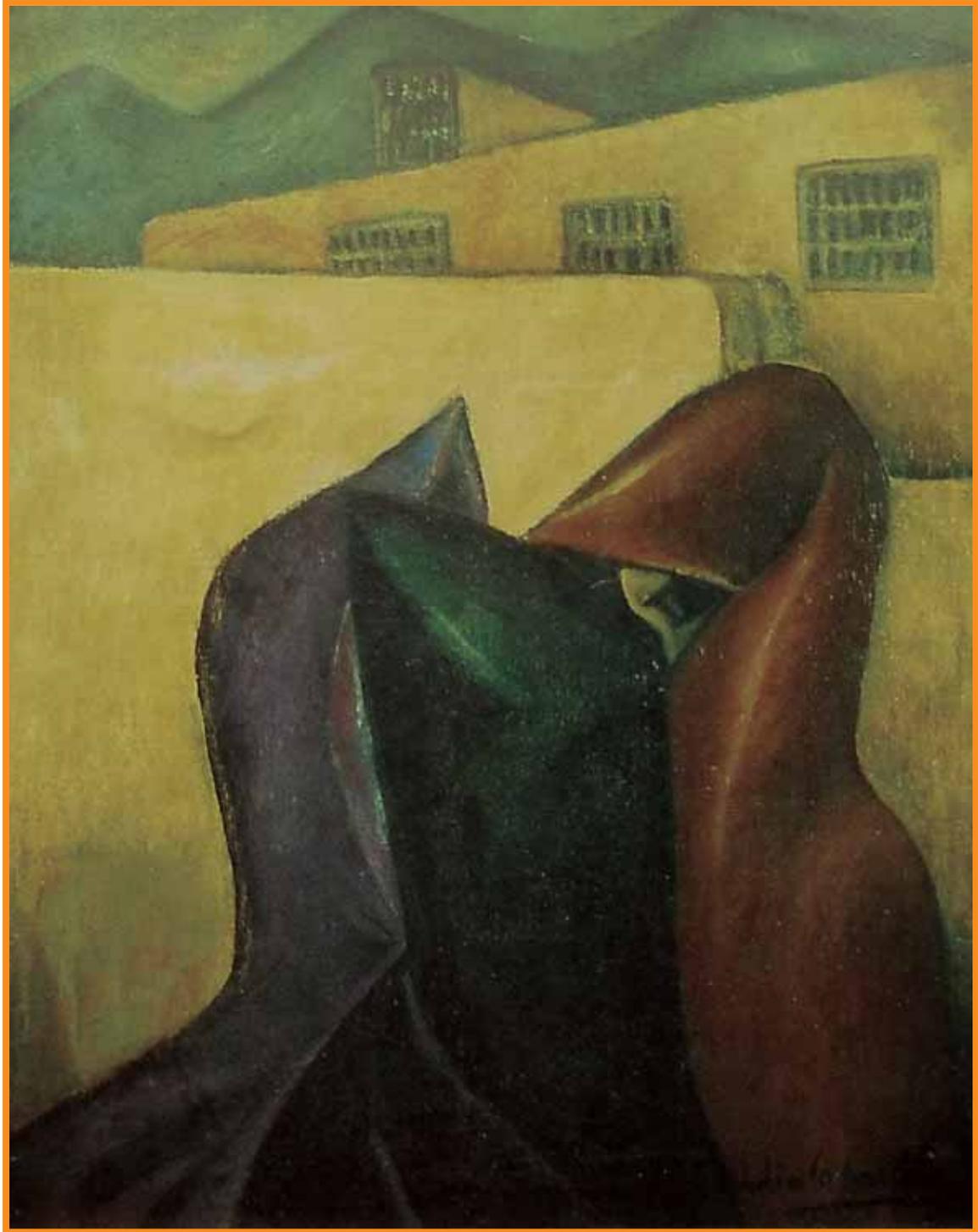


*El control difuso de convencionalidad. Obligación de todos los jueces y magistrados latinoamericanos, como consecuencia de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Rosendo Radilla*

Raymundo Gil Rendón\*  
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v10i9.311>

Lex

\* Profesor de Posgrado de la UNAM. México



*Las tapadas.* Colección Banco Central de Reserva del Perú.

**E**l planteamiento del problema no es minúsculo, está en el centro del debate actual y es objeto de estudio y atención de los juristas desde que fuera tratado en el seno del pleno del Tribunal Constitucional mexicano, los días 12 y 14 de julio de 2011.

¿Existe control concentrado o difuso en nuestra Constitución? ¿Es de convencionalidad o constitucionalidad, o ambos?

La respuesta anticipada es sí, en México existen ambos controles difusos; de constitucionalidad y de convencionalidad, derivados de las reformas constitucionales de junio de 2011 y de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictada a propósito del caso de Rosendo Radilla, y constituye la hipótesis a demostrar en ésta ponencia.

El objetivo de esta ponencia, presentada ante sus señorías los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia de Callao, Perú, es analizar las consecuencias que se derivan, en el ámbito jurisdiccional, de la reforma a la Constitución mexicana, publicada el diez de junio pasado.

Así mismo, es menester estudiar y analizar:

1. La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictada del caso de Rosendo Radilla, y;

2. La trascendental e histórica sentencia del 8 de agosto de 2011, dictada por el Magistrado de la Cuarta Sala unitaria del Tribunal Superior de Justicia del estado de Nuevo León, de México, CARLOS EMILIO ARENAS, quien desaplicó (ADJUNTO COPIA), por inconstitucional, un artículo del Código Penal que tipificaba el delito de desobediencia a una instrucción de un superior jerárquico, por ser un delito en blanco o tipo abierto, contrario al principio de reserva legal (Beccaria y el principio jurídico; “Nulum poena, nullum crimen, sine lege”) y ordenó la liberación inmediata de un grupo de policías municipales, interpretando y aplicando el control de constitucionalidad y convencionalidad, y, de manera difusa, con fundamento en el primer artículo constitucional recién reformado (DOF 10 junio 2011), derivada de la

sentencia del caso de Rosendo Radilla vs. México (desaparición forzosa acontecida en 1974; “guerra sucia”), emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No resulta extraño a la Constitución peruana de 1993, el control difuso de incompatibilidad de normas superiores como la Constitución y leyes secundarias, contemplado originalmente en su artículo 138, segundo párrafo al siguiente tenor:

“...En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior (principios jerárquicos de supremacía constitucional y legal)”.

La posibilidad de efectuar el control de constitucionalidad que tienen los jueces peruanos o Magistrados del tribunal superior, está fundado en el artículo 138 de la Constitución, y es desarrollada en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional peruano, comentado a continuación.

El primer párrafo del artículo VI señala taxativamente que para que opere el control difuso de constitucionalidad, es imprescindible que no sea posible antes llegar a una interpretación conforme con los preceptos o principios constitucionales, incluso si no existe alguna interpretación del tribunal constitucional que esclarezca el caso concreto.

Después, por nueva ley N° 28301, se desautorizó por obra del Congreso el control difuso de constitucionalidad, más no el de convencionalidad, no puede hacerlo, porque este control deriva de los artículos primero y segundo de la Convención Americana de Derechos Humanos (“Pacto de San José”); se desautoriza en sede legal el susodicho control de constitucionalidad, al estipular que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de constitucionalidad (artículo1).

Por el contrario, en México si existe actualmente el control difuso de constitucionalidad; es más, afirmo y sostengo que ha existido siempre en la letra de la “Carta Magna” (Art. 133 de la Constitución Mexicana), como existe en Argentina y EUA; art. VI, pero no ha sido aplicado ni permitido durante muchos años, por una indebida interpretación de la Suprema Corte de Justicia de México, al tenor de razonamientos y argumentos que citaré a continuación

No deseo abordar el tema del control de constitucionalidad en México, sin dejar de considerar lo que la doctrina constitucional peruana ha estimado sobre la dualidad del control existente en el Perú; por parte de los jueces, Magistrados y miembros del Tribunal Constitucional, aunque, por la reciente ley arriba mencionada, pareciera que el monopolio del control estaría concentrado nuevamente y en exclusiva en el Tribunal constitucional peruano.

O pregunto, por no ser experto en Derecho Constitucional peruano:

¿Ya no está autorizado el control difuso en el Perú, por mandato legal, en el Derecho Positivo?

¿No es así?

Los argumentos se pueden encontrar en las siguientes razones esgrimidas por un jurista peruano:

“...En el pasado se dieron múltiples casos donde los jueces y tribunales ordinarios, en sentencias que quedaron firmes (como el caso mexicano del Magistrado Carlos E. Arenas, 8 de agosto de 2011), resolvieron inaplicar normas cuya constitucionalidad había sido previamente confirmada por el tribunal constitucional, creando incertidumbre jurídica sobre la validez y vigencia de tales normas. Siendo que en el Perú no se contempla la “cuestión de constitucionalidad” del sistema español que remite necesariamente al Tribunal Constitucional, la apreciación y decisión definitiva sobre la eventual inconstitucionalidad de una norma suscitada incidentalmente en cualquier proceso judicial, la limitación de los alcances del control difuso cuando el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado desestimando la inconstitucionalidad de una norma, aporta un mínimo de certeza y orden al sistema jurídico. También cabe considerar que, en no pocos casos, se dieron sentencias judiciales definitivas (en segunda instancia) que en procesos de amparo inaplicaron una ley por calificarla de inconstitucional, decisión que no puede llegar a revisión del Tribunal Constitucional (como acontece actualmente en México, cuando como en el caso del Magistrado Arenas, ya no cabe ningún recurso judicial, ni el amparo), pues la Constitución restringe su competencia en esta materia a los procesos con sentencia judicial denegatoria de la acción.

Por último, según el doctrinario citado, existe en el Perú una llamada dualidad del control de constitucionalidad por parte del poder judicial, a cargo del Tribunal Constitucional, ya que, según el jurista Samuel Abad Yupanqui (Código Procesal Constitucional Comentado, pgs. 40-41, 2004), la dualidad que se da es inconveniente, aunque se ve atemperada por la obligatoria interpretación conforme que deberá hacer todo juez o Magistrado, antes de declarar inconstitucional una norma (como no ocurre en México), lo cual, al decir del jurista: “atempera la inconveniente “dualidad” y falta de articulación que aún subsiste en el control de constitucionalidad, a cargo del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el modelo peruano.

En México es diferente, no hay tal dualidad, ya que actualmente existe el doble control difuso y concentrado, a partir de la reforma del 10 de junio de 2011, cuando se modificó la denominación del Capítulo I del Título Tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos –que anteriormente se llamaba “DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES”–, para quedar actualmente como “DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS.”

Todos sabemos la trascendencia que tal modificación imprime a la forma de entender los derechos humanos en el Estado Mexicano, pues además de que amplía considerablemente el espectro de protección al señalar que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, así como en los tratados internacionales del que sea parte, impone además —y esto es muy importante— la obligación de que 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.

Como podemos ver, la reforma constitucional impone la obligación a todas las autoridades del Estado Mexicano a tomar una actitud proactiva para el fomento y protección de los derechos humanos, cada una en el campo de acción en que sean competentes, lo cual traduce plenamente el propósito que tuvo el Poder Reformador para llevar a cabo dicha modificación, que es consolidar a México como un estado democrático, respetuoso de los derechos inherentes a la dignidad del hombre, siendo éste el fundamento último de la sociedad.

En lo que atañe a esta Trascendental e Histórica Reforma, me voy a permitir realizar la transcripción del artículo 1º de la Constitución, reformado.

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

(ADICIONADO, D.O.F. 10 DE JUNIO DE 2011)

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

(ADICIONADO, D.O.F. 10 DE JUNIO DE 2011)

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

(ADICIONADO, D.O.F. 14 DE AGOSTO DE 2001)

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.

(REFORMADO, D.O.F. 10 DE JUNIO DE 2011)

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.”

Particularmente, el tercer párrafo del precepto anterior adquiere trascendencia para la labor jurisdiccional que desarrollamos, pues refiere que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

Obviamente, para los órganos que desarrollan funciones materialmente jurisdiccionales, la obligación anterior implica que al emitir sus resoluciones, deben ser respetuosos de los derechos fundamentales previstos en la Carga Magna o en los tratados internacionales que haya signado nuestro país en esta materia.

El problema con el postulado constitucional en análisis, se podría suscitar cuando alguna norma de derecho interno, ya sea federal o local, resulta contraria a alguno de los derechos humanos que se prevea un tratado internacional.

En un primer acercamiento al problema descrito, el órgano jurisdiccional que conozca del asunto tendría la disyuntiva de determinar si aplica o no la norma nacional, en aras de privilegiar el derecho humano previsto en el instrumento internacional.

Sin embargo, tal postura es contraria a diversos criterios que ha sostenido la Suprema Corte, respecto del sistema de control constitucional que se encuentra instituido en nuestra Norma Fundamental.

Recientemente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el expediente número 912/2010, relativo a la instrucción ordenada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución de siete de septiembre de dos mil diez, dictada en el diverso cuaderno de Varios 489/2010, relacionado con la sentencia de veintitrés de noviembre de dos mil nueve, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 12.511 Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, hizo un pronunciamiento de la mayor relevancia para el tema que ahora tratamos.

Los planteamientos esgrimidos en contra de que los órganos que realizan funciones materialmente jurisdiccionales realicen un control de convencionalidad, se fundaron en lo previsto en el artículo 1º de la Constitución, respecto a que los jueces mexicanos deben interpretar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia indivisibilidad y progresividad.

En principio, pudiera dudarse que puede hacerse el control difuso de convencionalidad al amparo de los principios de derechos humanos incluidos en la reforma constitucional, pero conforme a su estricta competencia, el principio *pro personae* y la Suprema Corte han asumido la existencia de un doble control; de constitucionalidad y de convencionalidad difusos, que son aplicables a todos los jueces y Magistrados locales y federales en México, tomando como base y fundamento los principios y las garantías de los derechos humanos.

En un principio la Suprema Corte no autorizó el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad de los jueces locales, se precisó entonces que de concederse el poder de inaplicación de leyes a los jueces del fuero común, a través del control de convencionalidad, se les estaría colocando en una posición institucional que no les corresponde, pues se rompería la lógica de la división de poderes y del federalismo.

Se dijo que el artículo Constitucional 133 impone a los jueces locales privilegiar la aplicación del derecho federal y el derecho de los tratados por encima del derecho local y nada más, pero en ningún momento autoriza a desaplicar leyes federales, por lo cual un control difuso de leyes federales, sería contrario al propio artículo.

Al respecto, se añadió que un control difuso de constitucionalidad aparejaría consecuencias nocivas para el sistema federal, pues se arrojaría a los jueces del orden común una atribución que no les corresponde como es la inaplicación de leyes federales, a través del control difuso de convencionalidad.

Según la doctrina y la jurisprudencia mexicanas, no hay un criterio uniforme ni coincidente sobre éste tópico.

El Ministro José Ramón Cossío estudió la interpretación del artículo 133 de la Carta Magna, utilizando el método histórico, por lo que terminó esgrimiendo argumentos interpretativos de tipo histórico. Se puede concluir que la jurisprudencia de la Suprema Corte no ha sido consistente en determinar si existe o no en el texto de la Constitución “el control difuso”.

Por otro lado, doctrinalmente, consideramos que sí existe el control difuso bajo el sustento y en base al análisis del método histórico-genético y gramatical, con los siguientes argumentos:

Conforme al método histórico y genético, el “control difuso” tiene un origen fidedigno en

nuestro país, en razón de que el párrafo segundo del artículo constitucional 133 fue tomado del principio y precepto del artículo 126 de la Constitución de 1857; y éste a su vez del artículo 6º de la Constitución de los Estados Unidos de América.

Bajo el método gramatical sí existe el control difuso, porque literalmente el párrafo segundo de dicho numeral dice textualmente: "...Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados ("Bloque de constitucionalidad"), a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las sus Constituciones o leyes de los Estados."

En consecuencia, "el control difuso" tiene vigencia en la letra de la Constitución desde hace 94 años, aunque sin aplicarlo en la práctica; ahora la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en el caso Rosendo Radilla, está obligando a la Suprema Corte a determinar los alcances del "control difuso de convencionalidad".

Según la reciente interpretación del 12 y 14 de julio de 2011, nuestro Tribunal Constitucional mexicano, en votación mayoritaria, ha ratificado lo que ya existe en nuestra Constitución desde 1917; que sí existe el control de constitucionalidad y de convencionalidad de manera difusa; y que también comprende el control difuminado para todos los jueces del control de constitucionalidad. En el Perú, parece que esta facultad se ha reservado al Tribunal Constitucional, que hasta hoy puede aplicar el control concentrado de constitucionalidad, pero sostengo que también le es aplicable el control de convencionalidad derivado de los artículos 1º y 2º de la Convención Americana, y de la sentencia del caso Rosendo Radilla.

La discusión se centró en que si era obligatoria para todos los jueces y autoridades del país, con fundamento en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el famoso caso Rosendo Radilla, el control de convencionalidad y de manera difuminada, esto es difusa, y para todos los jueces; se concluyó que sí y que dicho criterio era vinculante;

Que, además, con las reformas constitucionales en vigor desde el 10 de junio de 2011, existe una nueva forma de interpretación conforme al texto de la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos;

Existe un nuevo parámetro de interpretación más favorable a la persona, con fundamento en el principio "pro persona", introducido en el artículo primero, párrafo tercero de la Constitución;

Que, en virtud y como consecuencia de los argumentos y razones anteriores, todos los jueces y autoridades administrativas están obligadas a aplicar el "bloque de constitucionalidad" (según Rubio Llorente está formado por las disposiciones, principios y valores, que son materialmente constitucionales, pero que no están formalmente escritos en la Constitución);

Y, así mismo, del principio más favorable a la persona humana;

Por ende, concluyo que sí existe el “control difuso” en nuestro texto constitucional, como lo determinó la Suprema Corte en ambas materias: de constitucionalidad y de convencionalidad.

Los alcances de dicho criterio, obligatorios para México, son los siguientes:

Que todos los jueces formal y materialmente jurisdiccionales, federales y estatales, están obligados al “control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad”;

Por la misma razón, todos los jueces formalmente administrativos, pero materialmente jurisdiccionales, también tienen la obligación, ahora constitucional, al tenor del artículo primero de la Constitución, de aplicar la interpretación conforme y “el control difuso de convencionalidad”;

Que todas las autoridades administrativas también están obligadas por la Constitución y la interpretación de la Suprema Corte, a la aplicación del “control difuso de convencionalidad”, favoreciendo únicamente a la persona humana, seleccionando la norma más favorable a ella, SIN DECLARAR LA INAPLICABILIDAD NI INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNA DE ELLAS;

Que dicha obligación constitucional deriva directamente del nuevo rostro de la Constitución, cuando dispone que: “...Todas las autoridades deberán respetar, investigar, proteger, garantizar y reparar las violaciones a los Derechos Humanos...”

Que ahora, como ayer en la Constitución de 1857 conforme a su artículo primero, los Derechos Humanos se “reconocen”, es decir, no se otorgan, lo cual reivindica el carácter humanista de nuestra Constitución.

Que estamos ante un nuevo paradigma constitucional; la “persona humana”, como centro de imputación normativa de nuestro sistema jurídico y político, y ya no el estado autoritario; ahora el nuevo juez es demócrata constitucional.

Que adoptamos el título primero de la Constitución de 1857: “De los Derechos del Hombre”; ahora, “De los Derechos Humanos”. Así se reivindica históricamente el carácter garantista de nuestra Constitución mexicana.

Adoptamos como principio rector de interpretación; la norma más favorable a la persona, tomada de los principios, valores y disposiciones constitucionales y el “bloque de constitucionalidad”;

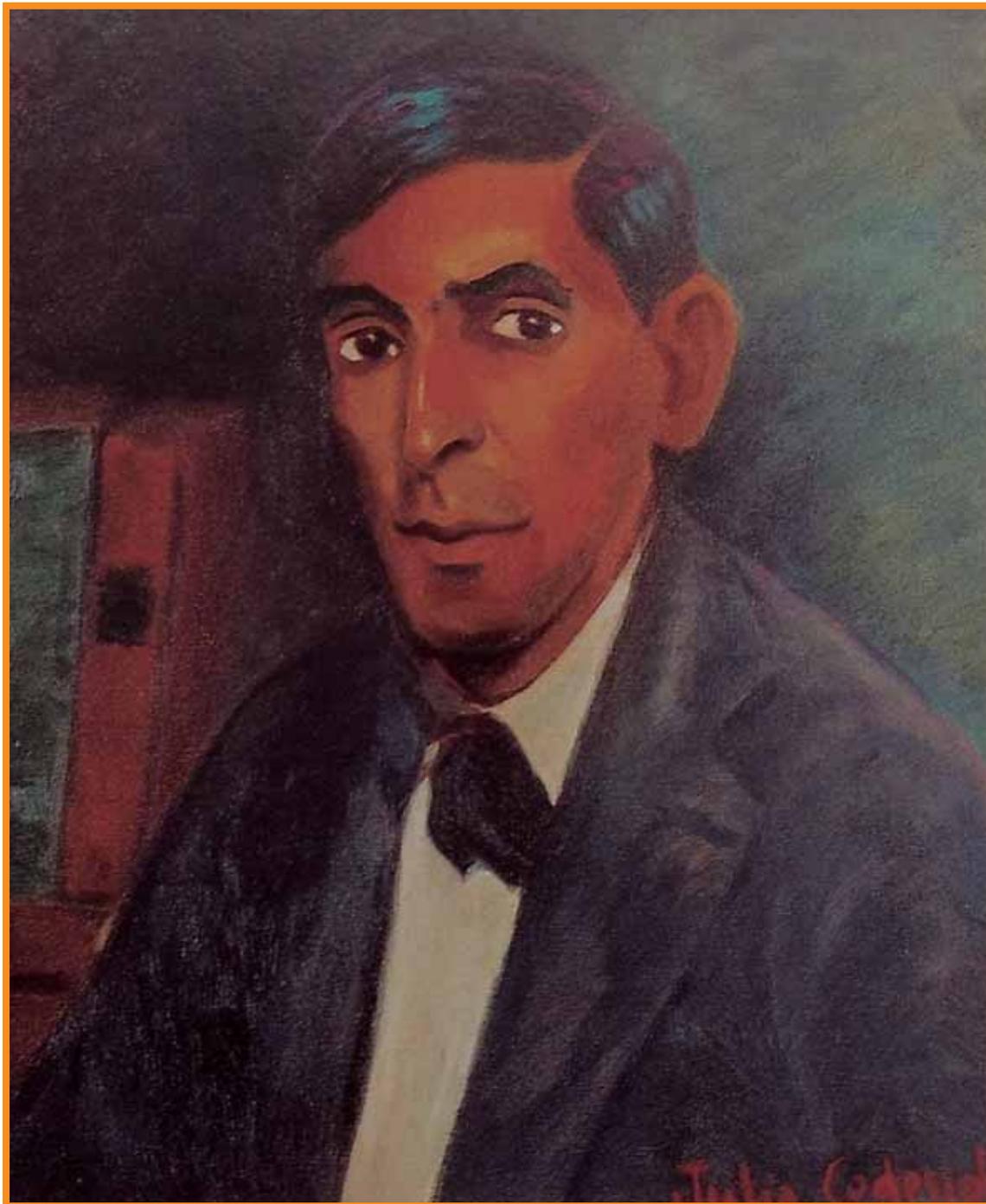
Entramos en la era del nuevo Estado constitucional del derecho y abandonamos el “Estado paleopositivista” (Luigi Ferrajoli);

Ahora estamos en presencia y tránsito a un estado “garantista”, que tutele de manera efectiva los Derechos Humanos: un nuevo “Estado constitucional de Derecho”.

Estamos ante un nuevo reto y la asunción de un “paradigma constitucional”; el cumplimiento efectivo de nuestra Constitución, como base y fundamento de la supremacía constitucional y la primacía del “control difuso de convencionalidad”.

Nos queda a los operadores e intérpretes jurídicos; abogados y jueces, asumir las exigencias de la Sociedad, en la que reside efectivamente la soberanía de la nación; por ella debemos de esmerarnos en cumplir plenamente la Constitución y la tutela efectiva de los derechos humanos.





*Retrato de José Carlos Mariátegui. Colección particular.*