



EL JUEZ LATINOAMERICANO Y LAS NUEVAS FUENTES DEL DERECHO

Alfonso Jaime Martínez Lazcano*

No hay hechos hay interpretaciones.

Nietzsche

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El juez.* III. *Derecho.* IV. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

Resumen: En la doctrina como en la misma Convención ADH se afirma que el SIDH actúa en forma complementaria y subsidiaria, pero en realidad éste ha evolucionado al constituir prácticamente una estructura jurisdiccional biinstancial cuya fuente es el *Corpus Iuris Latinoamericano* que es invasivo, terapéutico e integrador al derecho interno, en la que todos los jueces de los Estados parte conforman el primer piso de control del poder público de acuerdo a los estándares supranacionales de protección en el ámbito de su competencia (*ratione personae, ratione materiae, ratione temporis y ratione loci*) a través del control difuso de convencionalidad, pero si no son eficaces, se abre la posibilidad, aún sin agotar los recursos internos, porque más que un principio es una regla procesal subordinada al efecto útil de la convencionalidad o agotando los medios de impugnación internos, de concurrir a la segunda etapa de revisión a través de la petición a la CIDH y si dentro del procedimiento de fiscalización no se logra avenir a los contendientes la Comisión IDH decidirá si presenta o no el caso ante la Corte IDH.

* Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; de la Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional; de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, profesor de la Universidad Autónoma de Chiapas e integrante del Sistema Nacional de Investigadores @Alflazcano

Palabras clave: Juez, SIDH, derecho, modelo iusnaturalista, positivismo.

Abstract: In the doctrine as in the ADH Convention itself, it is affirmed that the IAHRs acts in a complementary and subsidiary manner, but in reality it has evolved to constitute practically a bi-national jurisdictional structure whose source is the Latin American Corpus Iuris that is invasive, therapeutic and integrative. to the internal law, in which all the judges of the States Parties conform the first floor of control of the public power according to the supranational standards of protection in the scope of their competence (*ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis* and *ratione loci*) through the diffuse control of conventionality, but if they are not effective, the possibility is opened, even without exhausting internal resources, because more than a principle is a procedural rule subordinated to the useful effect of conventionality or exhausting the internal means of challenge, to attend the second stage of review through the petition to the IACHR and if within the proc If the inspection is not successful, the IDH Commission will decide whether or not to present the case before the Inter-American Court.

Key words: Judge, IAHRs, law, model natural law, positivism.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las funciones más importantes del Estado es proporcionar a la sociedad el acceso a la justicia (acción). El personaje ante quien gira esta gran responsabilidad es el juez, es el operador principal del proceso (método de solución de conflictos jurídicos). Hoy estamos inmersos en una revolución jurídica del derecho, por diversos fenómenos que son estudios en forma separada, siendo necesario encontrar los puntos de convergencia para su dinamización: al derecho procesal con la argumentación en cada disciplina y los sistemas regionales convencionales de derechos humanos y el impacto en el derecho positivo de los Estado que los conforman.

El juez como todo ser social está inmerso en la cultura, lo que lo induce a actuar de una forma determinada por sus propias motivaciones y convicciones, ello aparte de las exigencias normativas.

Es por esto que pueden existir diversas soluciones para un mismo conflicto jurídico, a pesar de estar operando con el mismo contenido jurídico.

Son dos las posturas dominantes de aplicación e interpretación las cuales se pueden describir así, la primera el juez para su tarea puede contar únicamente como fuente una serie de hipótesis diseñadas previamente, plasmadas en fórmulas estáticas creadas *a priori* por legislador en abstracto, donde la función del juez se reduce a encontrar la respuesta pronosticada, la segunda, y diversa, el juez puede construir la decisión del conflicto a la medida, independientemente de que pueden haber decisiones fabricadas en serie, ya no sólo circunscribiendo a las leyes, sino a principios, reglas, directrices justificando el fallo a través de la argumentación, considerando además el contexto (lo concreto), es decir, *a posteriori*, desde luego entre estas posturas hay matices.

Adicionalmente la función jurisdiccional requiere que el juez además de que cuente con la preparación técnica adecuada, de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad, ejerza su con responsabilidad y una actitud positiva para el servicio público, así como tener los medios necesarios para hacer efectivas sus resoluciones.

El control difuso de convencionalidad ha venido a convertir a todos los jueces de los Estados parte en órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y ha ampliado las fuentes de interpretación y aplicación del derecho, no sólo a las producidas en el ámbito nacional sino a las elaboradas por órganos internacionales, las cuales son invasivas e imperativas a los regímenes estatales.¹

II. EL JUEZ

Para analizar más el tema se plantean como preguntas básicas, que inclusive las respuestas a cada una de ellas se relacionan intrínsecamente, las siguientes: ¿Qué actividad realiza el juez? ¿Cómo realiza su actividad el juez? ¿Quién puede ser juez? ¿Dónde labora el juez?

¹ Independientemente de si un tratado internacional es o no derechos humanos, desde la Convención de Viena de 1969 se determinó la supremacía de las normas convencionales: “Art. 26: *Pacta sunt s.ervanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” y “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. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

¿Los jueces pueden ir más allá de la ley e inclusive anularla? ¿Cómo actúan los jueces en la práctica?

1. ¿Qué actividad realiza el juez?

Es aquella persona con autoridad pública que resuelve litigios jurídicos mediante el conocimiento del derecho no sólo desde el punto de vista teórico sino además del práctico. Es un servidor público con facultades jurisdiccionales.

Eduardo Pallares nos dice:

El funcionario judicial investido de jurisdicción para conocer, tramitar y resolver los juicios así como ejecutar la sentencia respectiva. La noción más generalizada del juez es la que ve en él a la persona encargada de administrar justicia. “La palabra juez, dice Caravantes, trae su etimología de las latinas jus y dex, nominativo poco usado y contracción de vindex, como si dijera juris vindex, porque el juez es el vindicador del derecho o el que declara, dicta o aplica el derecho o pronuncia lo que es recto o justo. Es, pues, juez, la persona constituida con autoridad pública para administrar justicia, o al que ejerce jurisdicción con arreglo a las leyes, conociendo y dirigiendo el procedimiento de las causas civiles y criminales, y dictando sobre ellas las sentencias que crea justas: Leyes XVIII, XIX, XXIII y XXVIII, tít. IX, partida 2ª y la ley II, tít. IV, part. III”. Las leyes de Partida definían a los jueces “como homes bonos que son apuestos para mandar o facer derecho”².

La función esencial de todo juez es resolver conflictos jurídicos mediante el derecho, sea en forma unitaria o colegiada, de manera pronta, completa, gratuita e imparcial.

² PALLARES, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, 12ª. ed., Porrúa, México 1979, p. 456.

2. ¿Cómo realiza su actividad el juez?

Conociendo el conflicto jurídico a través de los planteamientos de las partes y las pruebas, así una vez instruido busca la respuesta en la ley o construye la solución, para esto es importante destacar que su fallo debe fundarse y motivarse en el derecho, y que éste se nutre de diversas fuentes.

2.1. Tipos de tribunales

Por su integración de los tribunales existen dos tipos de jueces, los que actúan en forma unitaria y los que lo hacen colegiada. Los primeros generalmente intervienen en procesos de primera instancia y los segundos en la revisión de las resoluciones judiciales de los jueces de primera instancia a través de los recursos cuyo resultado del estudio de la resolución judicial impugnada puede ser confirmar, modificar, revocar o reponer el procedimiento.

Los jueces de primera instancia toman las decisiones en forma singular y los de segunda instancia lo hacen conjuntamente mediante el voto.³

El doctor Cipriano Gómez Lara distingue: *El juez es el titular de un órgano jurisdiccional unipersonal, por regla general de primer grado o instancia. La palabra magistrado se deriva del latín magister, maestro. Por una evolución del término ha venido a significar el titular de un órgano judicial de jerarquía superior, comúnmente de segundo grado o instancia. También se ha aplicado a los titulares de órganos colegiados o pluripersonales pero no siempre es así, porque encontramos tribunales unitarios integrados por un solo magistrado*⁴.

Resulta interesante la explicación metafórica de Carnelutti para justificar los órganos jurisdiccionales colegiados: *La constitución colegial del juez explica por la limitación de la mente humana por un lado, y por su diversidad por el otro: poniendo varios hombres juntos se consigue, se espera conseguir por lo menos, la construcción de una especie de superhombre, que debiera poseer mayores aptitudes para el juicio de las*

³ Algunos procesos se deciden por unanimidad; otros por mayoría, cuando hay voto disidente y es factible expresar las razones en la sentencia del porque no es conforme, así también el voto concurrente cuando se está de acuerdo con el resultado final pero en los motivos de la mayoría, sino por otros argumentos.

⁴ GÓMEZ LARA, Cipriano, Teoría General del Proceso. 10ª ed. Oxford University Press Harla México. 2004, pp. 167-168.

*que posee en singular cada uno de los que lo integran: el fenómeno es el mismo que aquel por el cual se unen el arado una o más yuntas de bueyes en vez de un solo buey; pero cualquiera se hace cargo de que el mayor rendimiento de la yunta está condicionado por el trabajo efectivo de cada uno de sus miembros, y no es fácil, por exigencias técnicas además de por razones psicológicas, obtener de todos los miembros del colegio judicial una participación igual en el trabajo común.*⁵

Ahora también es factible con claridad hablar de jueces nacionales e internacionales o convencionales, con un vínculo determinante de los segundos sobre los primeros al jerarquizar sus interpretaciones en materia de derechos humanos, las cuales resultan en casi todos los casos ser más dinámicas y actuales.

*Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales*⁶.

3. ¿Cuál es el instrumento del juez?

La herramienta del juez es el derecho. Este tema se abordará posteriormente.

4. ¿Quién puede ser juez?

Por la amplitud del tema para este trabajo me referiré a responder específicamente quién cuente con independencia para construir sus decisiones a los conflictos jurídicos, pero sobre todo quien pueda desempeñar su función en forma independiente e imparcial. Dice Ferrajoli: “Su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de la mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos. Los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen”.⁷

⁵ CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, 6ª, ed. Colofón, México, 2002, p. 36.

⁶ CORTE IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, Párrafo 146.

⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Traducción de Andrés Ibáñez, Perfecto y Greppi, Andrea), 7ª, ed. Trotta, Madrid, 2010, p. 27.

Ovalle Favela al citar algunos clásicos señala: Con toda razón, Calamandrei ha puntualizado que “históricamente la cualidad preponderante que aparece en la idea misma de juez, desde su primera aparición en los albores de la civilización, es la *imparcialidad*. El juez- sostiene el procesalista florentino- es un tercero extraño a la contienda, que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y con desapego; es un tercero *inter partes*, o mejor aún, *supra partes*”. *Nemo iudex in re propria* (no se debe ser juez en causa propia), señala una antigua y sabia máxima jurídica. La palabra juzgador, de evidente ascendencia hispánica, es la más amplia que existe para designar tanto al órgano que ejerce la función jurisdiccional (tribunal o juzgado) como al o a los titulares (magistrados o jueces) de dichos órganos. Es la única palabra que posee, a la vez un sentido *objetivo* (órgano jurisdiccional) y un sentido *subjetivo* (titular). Alcalá- Zamora escribe que “por juzgador en sentido genérico o abstracto entendemos *el tercero imparcial instituido por el Estado para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente, con imperatividad un litigio entre partes*”⁸.

La independencia judicial es necesaria para tener el pleno derecho humano e acceso a la justicia, ya que no basta la existencia legal de un medio procesal sino su eficacia, así lo ha determinado al Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su jurisprudencia:

[...] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su

⁸ OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, 4^a ed. Oxford University Press Harla México, México, 1998, pp. 209-210.

inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.⁹

En cambio, la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho.¹⁰

Uno de los puntos neurálgicos es que todavía la selección de los jueces se realiza a base de prácticas corruptivas, muchos tribunales distan de ser independientes, funcionan como comparsa y títeres del ejecutivo, a quienes deben su designación más que a su capacidad y honorabilidad.

5. ¿Dónde labora el juez?

En juzgados, tribunales o cortes, en el poder judicial, o en otras instancias formalmente administrativas o legislativas, pero materialmente jurisdiccionales.

⁹ Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, Párrafo 136.

¹⁰ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, Párrafo 56.

En México como país federal existen juzgados estatales de primera instancia: salas (penal, civil, familiar, etcétera) que integran a los tribunales de segunda instancia con jueces a los que se les denomina magistrados.

El Poder Judicial de la Federación se compone por jueces de distrito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, formado jueces nombrados como magistrados y a los de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ministros.

Además, existen otros órganos jurisdiccionales: tribunales electorales, constitucionales, laborales, agrarios, etcétera.

6. ¿Cuáles son los límites del juez?

Esta es la pregunta fundamental, porque como ya expresé independientemente de que el juez es un ser cultural que lo sujeta a variables de conductas, también es que su fuente principal es el derecho, y que en este punto hoy se replantea para cuestionar: qué es el derecho, cuáles son sus fuentes y qué jerarquía tienen esas fuentes ante diversas respuestas a un conflicto jurídico.

El juez debe cumplir con ciertas reglas esenciales del procedimiento, así se habla del debido proceso; de los juicios justos,¹¹ de nuevos modelos para actuar; de que no sólo hay normas jurídicas, sino también principios, directrices, finalidades, así el juez primero está obligado a conocer el *buffet* de opciones que se ha extendido, en contrapartida se desempeña ante una carga enorme de trabajo y poca preparación e interés, este paradigma es el que se busca erradicar.

Stephen Richards Covey (2006): *La palabra paradigma proviene del griego. Fue originalmente un término científico, y en la actualidad se emplea por lo general con el sentido de modelo, teoría, percepción, supuesto o marco de referencia. En el sentido más*

¹¹ El derecho a un juicio justo es un derecho humano fundamental. Es uno de los principios universalmente aplicables reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento adoptado hace cincuenta años por las naciones del mundo y que sigue siendo aún la clave del sistema internacional de derechos humanos. Desde que se aprobó en 1948, el derecho a un juicio justo reconocido por la Declaración Universal ha pasado a ser un principio legalmente vinculante para todos los Estados como parte del derecho internacional consuetudinario (Amnistía Internacional, Manual de juicios justos, 1998, Madrid, p. 12).

*general, es el modo en que “vemos” el mundo, no en los términos de nuestro sentido de la vista, sino como percepción, comprensión, interpretación*¹².

Que el juez cree el derecho no es nuevo, en México el Poder Judicial de la Federación materialmente emite normas jurídicas obligatorias, generales y abstractas a través de la jurisprudencia, como el derecho anglosajón, en una función no sólo interpretativa sino integradora del derecho.

Desde los orígenes de las civilizaciones el derecho no sólo era creado por un cuerpo especial, sino que eran también los jueces que en algunos lo instituían, el distinguido jurista Carlos Arellano García nos dice: *En el Derecho Romano, es decir, el derecho, tenía una significación amplia y una significación restringida. En forma amplia implicaba la potestad del magistrado de proponer una regla de derecho para resolver controversias. En efecto, los magistrados encargados de las funciones judiciales publicaban edictos que contenían reglas aplicables a todos los ciudadanos. En esta potestad amplia, encontramos la facultad de los jueces para establecer reglas generales que sirvieran para resolver futuras controversias. En nuestro medio mexicano, esto equivale a la jurisprudencia obligatoria. En su acepción restringida la “jurisdictio” consistía en resolver una controversia planteada mediante la aplicación de las normas jurídicas preexistentes*¹³.

7. ¿Los jueces pueden ir más allá de la ley e inclusive anularla?

La idea de que el juez no debía interpretar la ley sino sólo aplicarla es una falacia. El hecho de conocer la ley a través de la lectura implica una interpretación lingüística. Pero en Europa después de la revolución francesa de 1789 al trasladarse el poder del rey al parlamento se limitó la función del juez a “solo” aplicar la ley, así Montesquieu en su inmortal libro *El espíritu de las leyes* (1748) precisó: “*Los jueces son solamente la boca que pronuncia las palabras la ley, nada más... seres sin alma... autómatas*”.

Günter Hirsch, explica: En consecuencia, se prohibió a los jueces, mediante decreto expreso, la interpretación de las leyes, (así, por ejemplo, Federico II en 1780). Cesare Beccaria, contemporáneo de Montesquieu, opinaba que era preferible estar sometido a un

¹² COVEY, Stephen Richards, *Los 7 hábitos de la gente altamente efectiva*, Editorial Paidós Ibérica, México, 2006, p. 32.

¹³ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría General del Proceso*, 3ª. Ed., Porrúa, México, 1989, p. 342.

gobernante absoluto, a que el ciudadano quedará como “esclavo” de los jueces y su furia interpretadora, en manos de una multitud de “pequeños tiranos y autoridades inferiores frases”¹⁴.

Inclusive el origen del tribunal de casación francés de segunda instancia era revisar las sentencias de los jueces por un órgano legislativo.

La lucha entonces se dio entre los poderes internos de los países, para decidir qué órgano estaba facultado para determinar si una ley o cualquier otro acto era válido o constitucional.

La respuesta en Europa continental fue un cuarto poder, un tribunal constitucional (control concentrado), en América el poder judicial, cualquier juez (control difuso) sin importar su jerarquía podía dejar de aplicar una ley cuando consideraba que era contraria a la constitución.

La segunda Guerra Mundial detonó un cambio de modelo jurídico cuyo motor son los derechos humanos, estableciendo límites en la actuación a todos los poderes nacionales y sujetándolos a cumplir con determinadas funciones, primero como un deber ético, y actualmente de manera vinculatoria, y los jueces son los fiscalizadores de la observancia y la eficacia.

Luigi Ferrajoli al respecto explica: Cambian la relación, entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos... La sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente a la Constitución. Y en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez...La responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas...Impone al juez la crítica de

¹⁴ HIRSCH, Günter, La jurisdicción en el estado de derecho entre la sujeción a la ley y la interpretación cuasilegislativa, en Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008, p. 128

las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad¹⁵.

Esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política, ligada a la representación. No se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y, sin embargo, es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales, sobre la que se basa la que he llamado “democracia sustancial”.¹⁶

8. ¿Cómo actúan los jueces en la práctica?

La cuestión independientemente de todo lo expresado, separando los tres planos conceptuales en los que el abogado transita, como explica Gómez Lara,¹⁷ del paraíso de los conceptos, al purgatorio de las normas, para aterrizar en el infierno de la realidad, la pregunta es cómo actúan los jueces, y una aproximación a esta interesante cuestión la hace Luis Pasara en su texto: *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal*, al investigar 82 decisiones “que afectaron a ciudadanos comunes y corrientes, anónimos cuyos casos no llegaron a los medios de comunicación”, y que es coincidente con la inercia judicial que vive el país, en síntesis:

Estamos ante cierta rutinización en el desempeño del trabajo judicial, que se expresa principalmente en las formas de delegación de las funciones y en el extendido uso de machotes en las decisiones judiciales. Este mismo componente es el que aconseja utilizar una versión de “la ley” que, en los hechos, la restringe sólo a los códigos Penal y de Procedimientos Penales. Quedan fuera del razonamiento judicial, tanto otros componentes del orden jurídico nacional- como las normas internacionales de derechos humanos ratificados por México-, como los principios generales del derecho y la doctrina. En ese contexto, un asunto grave y frecuente, como es el de la denuncia por procesados de haber sido maltratados luego de su detención, resulta ignorado en el proceso.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Op. Cit.*, p. 26.

¹⁶ *Ibidem*, p. 27.

¹⁷ Cr. GÓMEZ LARA, Cipriano, *Sistemática Procesal*, Oxford University Press, México, 2007.

Un tercer elemento, que requiere ser mejor explorado, es la incidencia de las expectativas existentes sobre la decisión judicial. Si una absolución requiere ser explicada, en tanto que una condena no; si tanto en la sociedad mexicana como en la propia institución judicial se sospecha que el juez que absuelve es corrupto; si, en definitiva, el juez percibe que, aunque esta expectativa no esté formalizada en normas, lo que se espera de él es que condene, el incentivo es demasiado fuerte como para esperar que el juez promedio proceda en contrario cuando su examen del caso así se lo aconseje, arriesgándose a las consecuencias.

Debe tenerse presente que, por lo demás, el perfil del proceso que reveló el estudio no parece ser exclusivo de México. Para el caso colombiano se ha anotado que: La labor del juez se limita a avalar la resolución de acusación e imponer una sanción. Esto implica un desplazamiento de la función decisoria del juez al fiscal, ya que en las ultimas éste es el que decide la suerte del sindicado. Una preclusión indica su inocencia y una resolución de acusación tiene una alta probabilidad de terminar en sentencia condenatoria. Las sentencias condenatorias tienen la misma estructura de las resoluciones de acusación, lo que tiende a reiterar que está en manos del fiscal y las autoridades investigativas la suerte del sindicado.¹⁸

Carnelutti expresa en forma afín: *“Peligro de que la costumbre de juzgar determine una especie de deformación profesional que termine por embotar la sensibilidad del juez y con ella su capacidad de apreciar intuitivamente los valores humanos”*.¹⁹

El Poder Judicial, tanto el nacional como el latinoamericano, ha desempeñado un papel poco relevante en la legitimidad democrática. Durante los regímenes autoritarios de América Latina, los jueces dejaron de conocer y de sancionar violaciones sistemáticas a los derechos humanos en México, Argentina, Chile, Guatemala, Perú, etcétera. Los jueces no han controlado y sancionado los excesos de los otros órganos del Estado. No hay paz ni estabilidad porque las autoridades judiciales no son capaces de procesar los conflictos sociales garantizando plenamente los derechos fundamentales. La percepción social sobre

¹⁸ PÁSARA, Luis, *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en Materia Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, pp. 67-68.

¹⁹ CARNELUTTI, *Op. Cit.*, p. 36.

el Poder Judicial señala que la justicia es cara, lenta, corrupta y está identificada con el poder.²⁰

Hoy Latinoamérica...

Aunado...

9. ¿Qué jueces se requieren?

Ante todo un juez comprometido con el servicio de justicia, capaz de profundizar en el conocimiento del proceso que tiene por resolver, conocer de los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales; éticos en su actuar; ajenos a las pasiones políticas; interesado en encontrar la verdad dentro de las limitaciones humanas y tecnológicas; que no postergue las decisiones; humilde ante sus semejantes y vigoroso en hacer cumplir sus determinaciones; con una argumentación clara, precisa y convincente; que no tienda a sacrificar el fondo por la forma, en síntesis, un cambio en su persona.

Los cambios no son fáciles, hemos vivido en legalizando la injusticia, porque algo grave es que el cumplimiento del “derecho” sea causante de las desigualdades sociales como lo menciona Manuel Atienza citado por González Placencia y Morales Sánchez: *“El Derecho -también el de los Estados democráticos- presta forma y contenido a la injusticia del mundo contemporáneo, cuyo rasgo central es el abismo cada vez mayor entre los ricos y los pobres, entre los poderosos y los sometidos, un abismo que separa no sólo a unas sociedades de otras, sino a unos individuos de otros que forman parte de la misma sociedad. Lo que genera ese estado de cosas no es simplemente la existencia de acciones jurídicamente ilícitas, de comportamientos delictivos. La injusticia de nuestro mundo es, en muy buena medida, una injusticia jurídica, legal; un resultado de respetar el derecho, no de infringirlo [...] Esta ambigüedad del Derecho contemporáneo, el que sea al mismo tiempo un factor de liberación y de opresión, no tiene, en realidad, nada de paradójico [...] y dado que vivimos en sociedades signadas por la desigualdad o la injusticia, sería extraño que el Derecho [...] no reflejara de alguna forma esa circunstancia[...] Lo que da*

²⁰ CÁRDENAS GRACIA *Op. Cit.*, p. 105.

*sentido al Derecho no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos o más realistas: la lucha contra la injusticia.*²¹

A pesar de que todo está en constante cambio en el derecho se camina más despacio, aunado a que no es asimilable inmediatamente: “A veces el proceso es doloroso. Es un cambio que tiene que estar motivado por un propósito superior, por la disposición a subordinar lo que uno cree que quiere ahora a lo que querrá más adelante”.²²

Estamos ante un cambio de modelo jurídico más rico, dinámico y equitativo, que requiere además del cambio legal de la praxis judicial en la forma de cómo se interpretan y se aplican las normas jurídicas.

Manuel Atienza señala: “*Ni las leyes ordenan la sociedad ni resuelven los conflictos, sino que, a todo lo más, son directrices, puntos de referencia que el legislador pone en manos de los funcionarios y de los jueces, a sabiendas de que sólo muy parcialmente van aplicarlas y que lo decisivo será siempre no la voluntad del legislador, sino el criterio personal del operador*”.

Ahora estamos en la fase de hasta dónde quieren hacer los jueces: “El conocimiento es el paradigma teórico, el *qué hacer* y el *por qué*, la capacidad es el *cómo hacer*. Y el deseo es la motivación, el *querer hacer*. Para convertir algo en un hábito de nuestra vida, necesitamos esos tres elementos”.²³

Así se requiere más que de jueces reactivos que sean proactivos, Stephen Richards explica algunas diferencias y analiza con claridad lo que por ejemplo se busca en la valoración de la prueba en materia penal, la sana crítica basada en las máximas de la experiencia y la lógica, la posibilidad de crear respuestas específicas a problemas singulares y complejos.

Las personas reactivas se ven a menudo afectadas por su ambiente físico. Si el tiempo es bueno, se sienten bien. Si no lo es, afecta a sus actitudes y su comportamiento. Las personas proactivas llevan consigo su propio clima. Las personas reactivas construyen sus vidas emocionales entorno a la conducta de los otros, permitiendo que los defectos de

²¹ GONZÁLEZ PLACENCIA y MORALES Sánchez. Incidencia de los Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Actividad Jurisdiccional Mexicana. Derechos humanos actualidad y desafíos II. Fontamara, México, 2012, p. 230.

²² Covey, Stephen Richards, *Op. Cit.*, p. 60.

²³ Covey, Stephen Richards, *Op. Cit.*, p. 59.

las otras personas las controlen. Víctor Frankl dice que hay tres valores fundamentales en la vida: el de la experiencia, o de lo que nos sucede; el creador, o de lo que aportamos a la existencia, y el actitudinal, o de nuestra respuesta en circunstancias difíciles, como por ejemplo en enfermedades terminales.²⁴

*Sin embargo, el juez “...no puede abandonar el sendero de la obediencia de la ley simplemente con el argumento de que su idea de la justicia exige otra solución”.*²⁵

III. DERECHO

El derecho no es sinónimo de leyes, debe ser algo más, hasta hoy se sigue discutiendo qué es debido a la complejidad de unificar las diversas visiones.

Decir que el derecho es el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta del hombre en sociedad, es pensar que el hombre sólo es el conjunto de huesos, músculos, grasas, tejidos, etcétera.

Hay que partir de que el derecho es una gran idea que nos sirve a los humanos para no autodestruirnos y organizarnos. Que el derecho carece de sustancia, de realidad, de ser tangible, sino que es un concepto construido por una serie otros más de conceptos relacionados entre sí, como propiedad, consentimiento, justicia, libertad, equidad, proceso, matrimonio, jurisdicción, los cuales son símbolos.

1. Derecho producto cultural

En el campo de las ciencias naturales todo es verificable y las discusiones se resuelven con la comprobación.²⁶ Por ejemplo, un perro es un mamífero independientemente de nuestros valores y principios, plantear lo contrario sería absurdo. Pero decir que la eutanasia es una muerte digna es discutible, pensar que hay unanimidad en este tema es igual de disparatado.

El derecho no responde a una descripción natural sino a la exigencia de una forma de comportarse, es un producto cultural.

²⁴ Covey, Stephen Richards, *Op. Cit.*, pp. 86 y 89.

²⁵ Cit. Hirsch, Günter, *Op. Cit.*, p. 129.

²⁶ Sin embargo, la iglesia condenó a Giordano Bruno y Galileo Galilei por sus ilustraciones científicas en astronomía.

La palabra cultura de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, entre sus diferentes acepciones se concibe como el “Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico”; “Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.”, y “Conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo”.

El derecho es un producto cultural; reitero es una idea creada para limitar o regular la conducta de los hombres.

El derecho requiere de actos concretos, porque sólo de esta forma se puede calificar cómo son las relaciones interpersonales, si son justas, libres, con respeto a la tenencia de las cosas, de equidad, inclusive depende no sólo de su manifestación sino esencialmente de la percepción individual y el grado de desarrollo cultural.

2. Concepciones del derecho

Como producto cultural, al igual que el lenguaje, hay distintas concepciones del derecho y esencialmente las más destacadas son: iusnaturalismo, positivismo tradicional, realismo y neoconstitucionalismo con presupuestos teóricos, metodológicos e ideológicos distintos, pero además en ocasiones no son diáfanas las diferencias entre estos pensamientos, y en cada uno de ellos se puede hablar de posiciones moderadas, sofisticadas y radicales, aunado a los cambios de los opinión de los adeptos de cada facción teoría.

2.1. Modelo iusnaturalista

Jaime Cárdenas Gracia nos da las características de cada de las formas de pensamiento jurídico:

Características:

- La identificación fuerte entre el derecho y moral.
- La superioridad de la concepción moral sobre la jurídica.
- La atención preferente del juez a las normas morales sobre las jurídicas.
- La subjetividad del juez para poder apreciar en cada caso concreto la norma moral involucrada.

- La identificación entre lo que el derecho prescribe y lo que debería prescribir, no a partir de un análisis entre normas constitucionales e infraconstitucionales, sino entre normas jurídicas y morales.
- La posibilidad de encontrar una y sólo una solución correcta para los casos difíciles.
- La legalización de la moral, que hace suponer que las respuestas jurídicas encarnan siempre en las mejores respuestas morales.
- La obediencia moral de obedecer el derecho vigente a cargo de los ciudadanos.
- El juez como representante de la moral social.
- La imposibilidad para distinguir entre el punto de vista interno y externo en el derecho.²⁷

2.2. Positivismo tradicional

En forma contraria...

Características:

- La separación del derecho y la moral.
- El derecho no expresa nada acerca de los motivos que pueden fundamentar una obligación moral de obediencia al sistema jurídico.
- El derecho es producto de los órganos del Estado, sobre todo de los legislativos.
- Una norma es jurídica si se apoya en la sanción.
- El derecho es un sistema de reglas jurídicas.
- Las reglas jurídicas se interpretan acudiendo al silogismo, la subsunción o los métodos tradicionales como el gramatical, el exegético, el sistemático o el funcional.
- No se concibe la existencia de principios.
- Existe discrecionalidad en la interpretación de las reglas o de plano impera el subjetivismo.
- No se elabora una teoría de la argumentación consistente.

²⁷ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 47.

- Las teorías interpretativas oscilan entre ver al juez como desentrenador de significados de reglas o atribuidor de los mismos.
- No se desarrolla una concepción hermenéutica, contextual o interpretativa sobre el derecho.²⁸

Manuel Atienza: Consiste esencialmente en *reglas*, o sea, las premisas de los razonamientos jurídicos funcionan como razones excluyentes o perentorias, de manera que en muchos o en la mayoría de los casos los decisores (los aplicadores) pueden prescindir de las circunstancias particulares de los casos, esto es, de las razones para la decisión que en principio serían de aplicación para decidir el caso pero que, al no figurar en la regla abstracta preestablecida, el decisor no necesita tomar en consideración; lo que significa también que la aplicación de la normas pueden hacerse sin que entren en juego los criterios morales y políticos del aplicador. La práctica de la aplicación del derecho -de la toma de decisiones jurídicas-, salvo en supuestos marginales, resulta así no sólo simplificada, sino que se vuelve relativamente previsible, ya que esos órganos -los jueces- no necesitan llevar a cabo, en sentido estricto, una tarea deliberativa.²⁹

2.3. Realismo Jurídico

Esta corriente...

- Un papel destacado del juez.
- Una concepción dinámica del derecho que orienta hacia fines sociales.
- La separación entre el ser y el deber ser del derecho.
- El acento en la indeterminación del lenguaje normativo.
- El escepticismo frente a las normas.
- Las decisiones judiciales son los hechos para construir el derecho.
- El derecho son las predicciones que podemos hacer sobre los que harán los jueces.
- El objeto del estudio del derecho son las decisiones judiciales.

²⁸ *Ibidem*, pp. 49-50.

²⁹ ATIENZA, Manuel, *El Derecho Como Argumentación, en Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, pp. 24 y 25.

- Las decisiones judiciales son la regla de reconocimiento para conocer qué normas integran el derecho.
- La validez de las normas depende de su efectividad.
- No se elabora una teoría de la argumentación.
- La interpretación es una valoración del juez, es un acto de construcción, de voluntad, no de reconocimiento.
- El respeto a la ley no es absoluto. El juez interpreta la norma a la luz de su conciencia jurídico-material.
- Los elementos contextuales inciden en la decisión judicial³⁰.

2.4. Neoconstitucionalismo

Esta posición...

Es la “teoría constitucional que surgió tras la segunda guerra mundial siendo los casos de la Constitución Italiana (1947) y Alemania (1949), de Portugal (1976) y de España (1978) y en Latinoamérica en los casos de la Constitución Brasileña de 1988 o la Colombiana de 1991 caracterizándose fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser ésta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos”.³¹

Características:

- Se reconoce por algunos una conexión débil entre derecho y moral.
- Se admite que el derecho no sólo está conformado por reglas sino por principios y otro tipo de normas.
- El derecho no sólo consiste en la estructura normativa sino también en la argumentativa, contextual y procedimental.
- La legalidad se supedita a la constitucionalidad en un sentido fuerte.

³⁰ *Ibidem*, pp. 55 y 56.

³¹ CARBONELL, Miguel. “El Neoconstitucionalismo en su Laberinto” en: *Teoría del Neoconstitucionalismo*, edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2007, pp. 9 – 10.

- Las normas que no son reglas no pueden interpretarse con los métodos tradicionales. Se debe acudir al principio de proporcionalidad, la teoría del contenido esencial, la razonabilidad, entre otras.
- Más que hablar de interpretación se destaca el papel de la argumentación no sólo en su faceta retórica sino en si ámbitos hermenéuticos, contextuales y procedimentales.
- La búsqueda de la certeza jurídica se vuelve más exigente y difícil; se apoya, principalmente, en la calidad de la argumentación.
- Las normas jurídicas se interpretan desde la Constitución.
- El juez constitucional en ocasiones se coloca por encima del legislador y lo desplaza, lo que pone en cuestión su legitimidad democrática.
- Se intenta poner fin con las técnicas de la argumentación a la discrecionalidad judicial en el sentido en que había sido entendida por Kelsen o Hart.
- No hay neutralidad ni avaloratividad en el derecho.³²

Para Ronald Dworkin: La perspectiva de análisis del derecho no es desde el legislador sino básicamente desde el juez...El juez viola la división de poderes si se admite algún tipo de discrecionalidad” “rechazo de las decisiones judiciales a los argumentos consecuencialistas de cálculo, propios del utilitarios”.³³

En contrapartida...

Desde luego hay muchas más corrientes del pensamiento respecto del derecho, entre ellas Ferrajoli con el llamado garantismo que está “:...basado en una concepción del derecho y del Estado que pretende reducir el papel punitivo y coercitivo del Estado y, al mismo tiempo, propone maximizar la igualdad, la libertad y en general los derechos fundamentales”.³⁴

Por otra parte, también existen métodos de cómo el juez debe resolver problemas jurídicos más complejos, cuándo se requiere establecer límites a un derecho frente a otro derecho, y aquí encontramos a Robert Alexius con la ponderación, que de acuerdo con el mismo: “la ley

³² CÁRDENAS GRACIA, *Op. Cit.*, pp. 51 y 52.

³³ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 65.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Teoría del garantismo penal*, editorial Trota, Madrid, 1997, p. 851.

de ponderación indica que puede ser fragmentada en tres etapas. La primera etapa establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio”.³⁵

IV. “SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS”

1. Jueces nacionales de los Estados parte

Los jueces nacionales son parte del SIDH, quizá la estructura más importante y cuantitativamente mayor, porque desde que un operador jurídico empieza a conocer de un proceso debe aplicar e interpretar la solución a los casos dándole jerarquía superior al *Corpus Iuris Latinoamericano* frente a las fuentes nacionales cuando sean contrarias a éste.

Así en el ámbito interno tenemos una compleja red de órganos jurisdiccionales contruidos de acuerdo a la cultura jurídica local, que son el primer filtro de tutela, la primera instancia de solución a los problemas jurídicos, pero si ésta no es eficaz o los medios de impugnación no son sencillos o no se observa el *Corpus Iuris Latinoamericano*, es factible la garantía de la doble instancia del SIDH por medio de una organización internacional conectada directamente con la local al nutrirla del derecho convencional.

a) Control difuso de convencionalidad

Es la parte más importante del SIDH porque transforma a los jueces nacionales en jueces internacionales y permite ampliar la cobertura de protección a todos los rincones de los países que integran el SIDH.

“La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales (Convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier

³⁵ ALEXY, Robert, *Ponderación, control de constitucionalidad y representación, en Jueces y ponderación argumentativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, p. 5.

acto contrario a éstos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional”.³⁶

Las normas convencionales provocan que “la norma constitucional se amplía con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en lo relacionado con la Carta de Derechos y con un órgano jurisdiccional que garantiza su cumplimiento: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como órgano principal de la jurisdicción constitucional transnacional”.³⁷

b) Impacto sistemas nacionales

El primer impacto es en el ámbito normativo, al incrustarse el *Corpus Iuris Latinoamericano* en el derecho positivo nacional para formar un todo, pero no es una simple amalgama, el ingreso es a la zona exclusiva (V.I.P.) por su jerarquía.

En segundo término obliga a los jueces de todos los niveles a prepararse, conocer y operar el *Corpus Iuris Latinoamericano*; tercero, a aplicarlo de oficio; cuarto, como consecuencia, dejar de aplicar normas nacionales que sean contrarias al *Corpus Iuris Latinoamericano*, de esta forma el control difuso de convencionalidad realiza una tarea de depuración de normas inconvencionales,³⁸ y quinto, el núcleo esencial y prudencial del SIDH lo determina por el principio *pro persona*.

El 20 de marzo de 2013 la Corte IDH emitió una importante resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay, (teniendo como precedente los *Casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 124; *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, párr. 176, y *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 302), para dimensionar el compromiso de los operadores

³⁶ MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, El control difuso de convencionalidad y la nueva cultura constitucional, publicado en “*Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional*, Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Director Científico, Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2013, p. 54.

³⁷ *Ibidem*, VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, *Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión*, p. 198.

³⁸ Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. 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. (a. 2 de la Convención IDH).

jurídicos de los Estados parte que deben de sujetarse al *Corpus Iuris Latinoamericano* aún en contra del derecho interno, lo cual me parece fabuloso:

“66. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de 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.³⁹ Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, 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”.

En este mismo fallo la Corte IDH hace una distinción entre los países que son parte en un proceso internacional y los que no, respecto de la jurisprudencia que generé en cada caso, concluyendo que en ambas situaciones es vinculatoria para los Estados parte del SIDH:

“67. De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el

³⁹ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 124; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, párr. 176, y *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 302.

Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

“68. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el caso Gelman. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente (supra considerandos. 60 a 65).

“69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida

determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”.

V. CONCLUSIONES

1. Es necesario encontrar los puntos de convergencia para su dinamización al derecho procesal con la argumentación en cada disciplina y los sistemas regionales supranacionales de protección de derechos humanos y el impacto en el derecho positivo de los Estados parte.
2. La construcción de una teoría del derecho debe edificarse apegada a la verificación y no sólo a conceptos que distraen la finalidad.
3. El derecho cumple una función social pre procesal y procesalmente, no todo derecho se verifica o se cuestiona judicialmente, no habría tribunal que pudiera atender todos los procesos que se generaría.
4. El SIDH viene a sacudir la visión del derecho interno plagado de tintes culturales que en muchos casos evitan un proceso justo y legitiman la desigualdad.
5. Es el juez en quien descansa la eficacia del derecho por ser el operador principal en el drama del proceso.
6. El sistema de designación de los jueces, la permanencia en el cargo e independencia en sus decisiones son factores esenciales sin los cuales no se podría hablar de proceso.

7. En la doctrina como en la misma Convención ADH se afirma que el SIDH actúa de forma complementaria y subsidiaria, pero en realidad éste ha evolucionado al constituir prácticamente una estructura jurisdiccional biinstancial cuya fuente es el *Corpus Iuris Latinoamericano* que es invasivo, terapéutico e integrador al derecho interno, en la que todos los jueces de los Estados parte conforman el primer piso de control del poder público de acuerdo a los estándares supranacionales de protección en el ámbito de su competencia (*ratione personae, ratione materiae, ratione temporis y ratione loci*) a través del control difuso de convencionalidad, pero si n o son eficaces, se abre la posibilidad, aun sin agotar los recursos internos, porque más que un principio es una regla procesal subordinada al efecto útil de la convencionalidad o agotando los medios de impugnación internos, de concurrir a la segunda etapa de revisión a través de la petición a la CIDH y si dentro del procedimiento de fiscalización no se logra avenir a los contendientes la Comisión IDH decidirá si presenta o no el caso ante la Corte IDH.

8. Así la Corte IDH actúa como un órgano jurisdiccional selecto (especialmente a criterio de la Comisión IDH quien decide qué casos llegan a esa fase procesal) de control de la aplicación e interpretación del *Corpus Iuris Latinoamericano* de segunda instancia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Ponderación, control de constitucionalidad y representación, en Jueces y ponderación argumentativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría General del Proceso*, 3ª. Ed., Porrúa, México, 1989.
- ATIENZA, Manuel, *El Derecho Como Argumentación, en Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.
- CARBONELL, Miguel, “El Neoconstitucionalismo en su Laberinto” en: *Teoría del Neoconstitucionalismo*, edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2007.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.

- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, 6ª, ed. Colofón, México, 2002.
- COVEY, Stephen Richards, *Los 7 hábitos de la gente altamente efectiva*, Editorial Paidós Ibérica, México, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Traducción de Andrés Ibáñez, Perfecto y Greppi, Andrea), 7ª, ed. Trotta, Madrid, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi, *Teoría del garantismo penal*, editorial Trotta, Madrid, 1997.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Sistemática Procesal*, Oxford University Press, México, 2007.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 10ª ed. Oxford University Press Harla México. 2004.
- GONZÁLEZ PLACENCIA y MORALES Sánchez, *Incidencia de los Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Actividad Jurisdiccional Mexicana. Derechos humanos actualidad y desafíos II*, Fontamara, México, 2012.
- HIRSCH, Günter, La jurisdicción en el estado de derecho entre la sujeción a la ley y la interpretación cuasilegislativa, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, El control difuso de convencionalidad y la nueva cultura constitucional, publicado en “*Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional*”, Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Director Científico, Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2013.
- OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, 4ª ed. Oxford University Press Harla México, México, 1998.
- PALLARES, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, 12ª. ed., Porrúa, México 1979.
- PÁSARA, Luis, *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en Materia Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.
- VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, *Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión*.

Corte IDH

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr. 124; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, párr. 176, y *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 302.

Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, Párrafo 136.

Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, Párrafo 56.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, Párrafo 146.